Die Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen wegen Verzuges des einen Kontrahenten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walter Adametz.

Breslau 1912.

Druck von Otto Gutsmann, Breslau, Schuhbrücke 32.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Geheimer Justizrat, Professor Dr. Leonhard.

Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meiner Mutter.

Inhalts=Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (I, II, III). Wien 1811.

Anschütz-Völderndorff: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. III. Erlangen 1874.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 2. Auflage. Stuttgart 1883.

Auer, Franz: Das Stadtrecht von München. München 1840.

Bechmann, Dr.: Der Kauf nach gemeinem Recht. 1. Teil. Erlangen 1876.

Bemerkungen des Königlich preußischen Justizministers zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1891.

Bernhöft, Dr. Franz: „Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich" in „Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich von Bekker-Fischer". 12. Heft. Berlin 1889.

Biedermann, Ernst: Der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrage wegen Schuldnerverzuges nach dem schweizerischen Obligationenrecht. Inaug.-Dissert. Leipzig 1909.

Bluntschli: In: Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, von Johann Adam Seuffert. 17. Bd. Erlangen 1852.

Bornemann, Dr. W.: Systematische Darstellungen des preußischen Zivilrechts. II. Bd. Berlin 1834.

Brauer: In: Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausg. von Dr. Busch. 13. Bd. Leipzig 1868.

Brunner, Heinrich: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 2. Auflage. Leipzig 1905.

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (5. Teil Obligationenrecht) vom 30. März 1911.

Cosack, Conrad: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Stuttgart 1893.

Cretzschmar, Dr.: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 2. Lesung. Düsseldorf.

Crome, Dr. Carl: Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894.

Dahn, Felix, Dr.: Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig 1875.

Demolombe, C.: Cours de Code Napoléon. Bd. 25. Traité des contrats ou des obligations conventionelles. Paris 1869. Bd. II. Paris 1846.

Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. Berlin 1897.

Dernburg, Heinrich, Dr.: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 3. Auflage. II. Bd. Halle a. S. 1882.

Dernburg, Heinrich, Dr.: Pandekten. II. Bd. 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Heinrich, Dr.: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. II. Bd. 1. und 2. Aufl. Halle a. S. 1899.

Dimitresco, Grégoire: De la condition résolutoire dans les contrats, these pour le doctorat. Paris 1906.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim 1901.

Eiswaldt, Otto: Rücktritt und Zurückweisung. Inaug.-Diss. Erlangen. (Jahreszahl fehlt).

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1903.

Endemann: Handbuch des deutschen Handelsrechts. Bd. II.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten nebst Motiven. 1. und 2. Teil. Berlin 1857.

Entwurf des revidierten schweizerischen Obligationenrechts von 1905 und 1906.

Fiebach, Paul: Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Breslau 1904.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.

Fischer, Dr. Otto Christian: „Die Verletzung des Gläubigerrechts aus unerlaubter Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich“, in Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. 12. Bd. 3. Heft. Jena 1905.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 4. Aufl. I. Bd. Berlin 1881.

Glück, Dr. Christian Friedrich: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. IV. Erlangen 1794.

Grandenwitz, Dr. Otto: Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 12, 39, 44.

Hachenburg: In: Adams Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1890.

v. Hahn, Dr. Friedrich: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. II. Bd. Erlangen 1874.

Hübner, Rudolf: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.

Jacobi, Dr. Herbert: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB. Würzburg 1902.

Jacobsohn, Sally: Rücktrittsrecht des Gläubigers in mora debitoris. Inaug.-Dissertation. Erlangen 1900.

v. Kamptzs Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung. Berlin 1882.

Keutner, Philipp: Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge im Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Erlangen 1899.
Kniep, Dr. Karl Friedrich Ferdinand: Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht. II. Bd. Rostock 1872.
Kramer, Dr. Horst: Gegenseitige Verträge, Studien zur Systematik des Reichsrechts. Halle a. S. 1904.
Kohler: Encyklopädie der Rechtswissenschaft.
Larombière: Théorie et pratique des obligations.
Lasker: Die Vorgeschichte des § 326 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Inaug.-Diss. Breslau 1909.
Laurent, F.: Principes de droit civil. Bd. 17. Bruxelles-Paris 1878.
Lehmann, Dr. Gustav: Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen mit Rücksicht auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Dresden 1891.
Leonhard, Dr. Rudolf: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und seine Beurteilung. Marburg 1891.
Löning, Dr. Richard: Der Vertragsbruch im deutschen Recht. Straßburg 1876.
v. Madai, Dr. Karl Otto: Die Lehre von der Mora. Halle 1837.
Meibom: In: Bekker-Muthers Jahrbuch des gemeinen Rechts. IV. Bd. Leipzig 1860.
Mommsen, Friedrich: Beiträge zum Obligationenrecht. Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa. Braunschweig 1855.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1896.
Muelenz, Eduard: Der § 326 des BGB. Inaug.-Diss. Rostock 1903.
Müllensiefen: Rücktrittsrecht bei dem gegenseitigen Schuldvertrage wegen Erfüllungsweigerung nach gemeinem Recht, Code civil und nach Handelsrecht. Inaug.-Diss. Erlangen 1899.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Berlin 1899.
Mugdan-Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 5. und 6. Band. Berlin 1897.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Päch, Dr.: Der Leistungsverzug, eine Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Pauli, Dr. Alfred: In: Neues Archiv für Handelsrecht, herausgegeben von Dr. Voigt und Heinicken. Hamburg 1862.
Petrazycki: Die Lehre vom Einkommen. 1895. Bd. II.
Pfützenreuter: In: Juristische Zeitung für die Königlich preußischen Staaten. 5. Jahrg. 1836.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Nürnberg 1857, 1858 und 1861.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Achilles-Gebhard-Spahn. Bd. I u. II. Berlin 1897, 1898.
Reatz, Dr.: Die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. I. Bd. Buch 1 bis 3. Berlin 1894.

Rechtsprechung des Oberlandesgerichts in Zivilsachen. Mugdan-Falkmann. Leipzig. Bd. III, IV.
Regelsberger: Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 50. Heidelberg 1867.
Riesser: Zur Revision des Handelsgesetzbuchs. Beilageheft zu Bd. 33 der Zeitschrift des gesamten Handelsrechts.
Romeick: Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1 bis 3. Stuttgart 1901.
Römer: In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgeg. v. Dr. L. Goldschmidt und Dr. P. Laband. 19. Bd., n. F. 4. Bd. Erlangen 1874.
v. Rönne, Dr. Ludwig: Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft. I. Bd. Berlin 1885.
Saleilles, Raymond: Essay d'une théorie de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand. 2. Aufl. 1901.
Saleilles, Raymond: Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, übersetzt von Prof. Dr. Rudolf Leonhard, in Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 14. Heft. Breslau 1905.
Savigny, Friedrich Karl: Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft. 2. Aufl. Heidelberg 1828.
Schindler, Fridolin: Über das Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Schuldverträgen, nach Art. 122—125 des eidgenössischen Obligationenrechts. Diss. Zürich 1886.
Schlegtendal: In v. Kamptzs Jahrbüchern. Bd. IV.
Schneider, Konrad: Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des BGB. München 1902.
Schuster, Dr. Heinrich Maria: Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch. Wien 1873.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Dr. Richard Koch. Berlin 1903.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München 1847 ff.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 69. Erlangen.
Siméon, Dr. P.: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. I, 1. 5. Aufl. Berlin 1911.
Striethorst, Theodor: Archiv für Rechtsfälle. Bd. III, VI, XXXIV, XXXVI.
Stammler, Dr. Rudolf: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen. Bd. V: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staub, Dr. Hermann: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 5. Aufl. Berlin 1897.
Staub, Dr. Hermann: „Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen" in der Festschrift für den 26. deutschen Juristentag. J. Guttentag. 1902.
Staub: Kommentar zum HGB. vom 10. Mai 1897. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.
Staub: Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.
Staudinger, J. v.: Kommentar zum BGB. und Einführungsgesetz. 2. Bd. Teil I. 5. und 6. Aufl. München-Berlin 1910.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1898.
Stölzel, Dr. Adolf: „Carl Gottlieb Suarez." Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Berlin 1895.
Stölzel: Brandenburg-preußische Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung.
v. Strombeck, Friedrich Heinrich: Ergänzungen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten. Bd. I. Leipzig 1829.
Suarez: Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts. Berlin 1833.
Thibaut, Anton Friedrich Justus: System des Pandektenrechts. 7. Ausg. I. Bd. Jena 1828.
Thöl, Dr. Heinrich: Das Handelsrecht. I. Bd. 4. Aufl. Göttingen 1862.
Tomaschek, Dr. J. A.: Der Oberhof Iglau in Mähren und seine Schöffensprüche (aus dem 13. bis 16. Jahrhundert). Innsbruck 1868.
Türke, Robert: Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumnis von der anderen Seite. Inaug.-Diss. Göttingen 1891.
Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages zu Innsbruck 1904. Stenographische Berichte. Bd. IV. Berlin 1905.
Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages. Gutachten II. Berlin-Leipzig 1888.
Vierhaus: Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich, in Bekker-Fischers Beitr. zur Erl. und Beurteilung des Entw. eines BGB. 1. Heft.
Wächter, Dr. Karl Georg: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht. 1. bis 3. Heft. Stuttgart 1895.
Warnkönig-Stein: Französische Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. II. Basel 1875.
Wendt, Dr. Otto: Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1878.
Wening-Ingenheim, Dr. jur. N.: Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. München 1823.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 8. Aufl. Von Dr. Theodor Kipp. Frankfurt a. M. 1900.
Wolff, Dr. Karl Wilhelm: Zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841.
Zachariä v. Lingenthal: Handbuch des französischen Zivilrechts von Dr. Carl Crome. 8. Aufl. Freiburg i. B. 1894.
Zusammenstellung der Erinnerungen der Entwürfe eines HGB. aus zweiter Lesung. Beilageband zu den Protokollen. Nürnberg 1861.
Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierung zu dem Entw. eines BGB. Bd. I. Berlin 1891.

§ 1. Einleitung.

„Le juste milieu, qui, en maintenant la validité des contrats, n'opprime pas les débiteurs insolvables, me paraît la pierre philosophale de la jurisprudence."

Friedrich der Große [1]).

Dieses Wort des großen Königs hat auch in unserer Zeit noch seine Berechtigung. Auch heute hat das Privatrecht mehr wie je den Beruf, den wirtschaftlich Schwachen, den Schuldner, gegenüber dem Gläubiger zu schützen. Selbst wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der Schuldner [2]) mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug kommt, also ein Verschulden seinerseits vorliegt, darf er nicht gänzlich der Willkür des Gläubigers preisgegeben werden.

Dieser Pflicht zur sozialen Fürsorge des wirtschaftlich Schwachen ist man sich auch voll und ganz bewußt. Wir leben ja in einer Zeit, in der sich der soziale Geist überall regt. Eine soziale Tendenz beherrscht insbesondere Gesetz und Recht der Gegenwart [3]).

Man darf aber nicht vergessen, daß dieser Pflicht zum Schutze des Schwächeren auch eine Grenze gesetzt ist, denn das Privatrecht hat andererseits auch die Aufgabe, einmal entstandene

---

[1]) Zit. aus „Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des BGB.", von Konrad Schneider, S. 1.

[2]) In der vorliegenden Arbeit wird des öfteren der Kürze halber der Vertragsteil, der in Verzug kommt, als Schuldner, der andere als Gläubiger bezeichnet.

[3]) Die Macht des Gläubigers ist im neueren Recht namentlich hinsichtlich der Zwangsvollstreckung sehr gemindert worden; „das unvorsichtige Vertrauen ist so allmählich zu einem gefährlicheren Mangel geworden als der Vertrauensbruch". Dr. Rudolf Leonhard, „Entw. eines BGB. f. d. Dtsch. Reich und seine Beurteilung", S. 69.

Vertragsobligationen zu schützen und dafür zu sorgen, daß sie pünktlich erfüllt werden, denn der erste und oberste Zweck jedes Vertrages liegt in der Erfüllung. Diese Aufgabe entspringt einer billigen Forderung des Verkehrs, ohne welche eine sichere und glatte Abwickelung des geschäftlichen Lebens gar nicht gedacht werden kann. Bei Abschluß eines gegenseitigen Vertrages müssen sich die Parteien bewußt sein, daß sie nun an ihre Verpflichtungen rechtlich gebunden sind. Rechte und Pflichten bedingen sich hier gegenseitig; wer Rechte beansprucht, muß auch seine Verpflichtungen erfüllen: es ist dies das erste Prinzip, auf welchem die Existenz des gesamten Geschäftslebens beruht. Erfüllt der eine der Vertragschließenden trotzdem nicht, so muß das Gesetz dem vertragstreuen Teil Mittel an die Hand geben, welche den Gegenkontrahenten zur Erfüllung des Vertrages zwingen oder in möglichst vollständiger Weise seinen Schaden ausgleichen[1]).

Lange Zeit hindurch glaubte man, daß der vertragstreue Teil beim Verzuge des Schuldners dadurch genügend entschädigt wird, daß er entweder nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, oder, wenn ihm eine verspätete Erfüllung nichts mehr nützen kann, Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhält. Man hielt es für gefährlich, dem Gläubiger einen weiteren Schutz zu gewähren. Der ungeheure Aufschwung des Verkehrs mit seinen mannigfachen Gebilden hat aber gezeigt, daß es Fälle gibt, in welchen beim Verzuge des einen Kontrahenten dem anderen Teil nur dadurch geholfen wird, daß ihm das Recht zugestanden wird, einseitig vom Vertrage zurückzutreten.

Das Privatrecht steht also hier vor zwei ganz konträren Aufgaben. Einmal soll es den Schuldner vor übermäßiger Ausbeutung durch den Gläubiger schützen und auf der anderen Seite, mit dem Aufschwunge des Verkehrs fortschreitend, dem Gläubiger beim Verzug des Gegenkontrahenten neben dem Schadensersatzanspruch ein weitergehendes Recht in dem Rücktrittsrecht gewähren.

Der Gesetzgeber mußte daher, um seine Aufgabe nicht einseitig zu erfüllen, einen Mittelweg einschlagen. Diese „richtige Mitte" zwischen dem Schutz des Schuldners auf der einen und

---

[1]) Regelsberger, Arch. ziv. Praxis Bd. 50, N. II, S. 27.

der Sicherstellung des Gläubigers auf der anderen Seite, diese geistvoll ersonnene Vermittelung zwischen Gesetz und Leben im Schuldrecht[1]), hat das BGB. in glücklicher Weise gefunden.

Es hat die Wirkungen des Schuldnerverzuges bei gegenseitigen Verträgen in § 326 besonders geregelt.

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Absatz 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.“

Ganz allgemein erhält jeder Vertragsgläubiger im § 286 Abs. 1 BGB. das Recht, vom säumigen Schuldner nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder, falls die Leistung kein Interesse mehr hat, unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Diese Rechte stehen mithin auch bei gegenseitigen Verträgen dem Gläubiger zu.

§ 326 BGB. gibt dem Gläubiger beim Verzuge seines Gegners außerdem wahlweise das Recht, entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten.

In wohlwollender Rücksichtnahme auf den Schuldner macht jedoch das Gesetz die Ausübung des Wahlrechts von der Voraussetzung abhängig, daß der Gläubiger dem Schuldner vorher eine angemessene Frist setzt mit der Erklärung, daß er nach Ablauf

[1]) Schneider, a. a. O.

der Frist die Annahme der Leistung ablehne. Erst nach Ablauf dieser Frist darf er das Wahlrecht ausüben, durch welches er sich dann des Anspruchs auf Erfüllung begibt. Die einmal getroffene Wahl entscheidet. Ein ius variandi gibt es nicht.

Durch diese vorgeschriebene Fristsetzung wird dem Schuldner noch genügend Gelegenheit gegeben, durch nachträgliche Leistung die Folgen seines Verzuges zu beseitigen.

Nur in einem Falle bedarf es nicht einer Fristsetzung durch den Gläubiger, nämlich dann, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse mehr hat.

Hat der Schuldner die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so darf der Gläubiger nur Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen und auch nur hinsichtlich eines Teils vom Vertrage zurücktreten. Nur wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, darf er die Rechte bezüglich des ganzen Vertrages geltend machen.

Wenn in der vorliegenden Abhandlung versucht wird, den Entwickelungsgang des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen wegen Verzuges eines Kontrahenten zu verfolgen, so wird es unerläßlich sein, dabei auch die in § 326 gewährten Ansprüche auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kurz zu streifen.

§ 2. Unterschied zwischen dem Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung und anderen Aufhebungsrechten.

Es ist in der Literatur des öfteren die Ansicht vertreten, daß sich das vom BGB. geschaffene Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen erübrige, weil es schon in dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung enthalten sei; andererseits wird häufig das Recht des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung als Rücktrittsrecht bezeichnet.

Es wird daher zunächst erforderlich sein, kurz auf den Unterschied zwischen diesen beiden Rechten hinzuweisen, um so eine feste Grundlage für die weiteren Ausführungen zu schaffen.

Der einschneidende Unterschied zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung liegt darin, daß durch den Rücktritt der Vertrag aufgelöst wird, während der Schadensersatzanspruch gerade auf der verpflichtenden Natur des Vertrages beruht. Durch die einseitige Rücktrittserklärung wird der Vertrag rückwärts aufgelöst und ein Zustand geschaffen, als wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre. Der Rücktritt hat, wenigstens nach der herrschenden Meinung, rückwirkende Kraft. Er hebt den Vertrag für die Zukunft und für die Vergangenheit auf. Die Verpflichtungen des Kontrahenten, der noch nicht geleistet hat, erlöschen ohne weiteres; hat ein Teil vorgeleistet, ist der andere Teil verpflichtet, das Empfangene zurückzugewähren.

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so bleibt der Vertrag bestehen, ja der Anspruch wird gerade auf Grund des Vertrages geltend gemacht. An die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt dieser Schadensersatzanspruch. Hier wird also im Gegensatz zum Rücktrittsrecht der Vertrag nicht aufgelöst, sondern nach Möglichkeit der Zustand hergestellt, als wenn der Vertrag vollständig erfüllt worden wäre, wenn auch nicht durch Bewirkung der geschuldeten Leistung, so doch durch Leistung des Äquivalents in Geld.

Davon, daß das Rücktrittsrecht im Schadensersatzanspruch enthalten ist, kann keine Rede sein. Dagegen spricht auch die

ganz auffällig scharfe Trennung der beiden Rechte im § 325 BGB. Wer vom Vertrage zurücktritt, der soll nach dem Gedanken des Gesetzgebers nicht Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haben, und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung soll nicht die Funktion des Rücktrittsrechts zukommen[1]). Beide Rechte schließen sich also aus.

Darüber, was das Gesetz unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung versteht, hat das Gesetz keine feste Regel aufgestellt, und man kann auch aus den Vorarbeiten zum BGB. wie aus der geschichtlichen Entwickelung dieses Rechtes keinen sicheren Anhalt für die eine oder die andere Auffassung finden. Die Aufstellung von Theorien ist demnach ganz der Wissenschaft überlassen geblieben, und diese ist zu verschiedenen Ergebnissen gelangt.

In der Hauptsache sind es zwei Theorien, die sich bekämpfen, die sogen. Differenz- und die sogen. Surrogationstheorie.

Die Anhänger der ersteren halten den Gläubiger, welcher Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, für befugt, unter Einbehaltung seiner Leistung seinen Anspruch unmittelbar auf die Differenz zwischen dem Erfüllungsinteresse und dem Wert der einbehaltenen eigenen Leistung zu richten, während die Anhänger der zweiten Theorie den Gläubiger seinerseits zur Leistung, wie sie versprochen war, verpflichtet halten.

Nach der ersten Auffassung löst sich also das gegenseitige Rechtsverhältnis in einen einseitigen Schadensersatzanspruch auf, bei dessen Bemessung natürlich die zurückbehaltene Gegenleistung in Abrechnung zu bringen ist. Nach der zweiten Theorie bleibt, wenn der Berechtigte Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, der Vertrag bestehen und der Berechtigte gerade auf Grund des Vertrages seinerseits verpflichtet. Der Schadensersatz tritt als Surrogat an die Stelle der dem schuldigen Teil ursprünglich obliegenden Leistung.

Es ist nicht möglich, diese Streitfrage hier eingehend zu erörtern, da dies über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen würde. Es soll nur hervorgehoben werden, daß auch

---

[1]) Strohal, in „Verhandl. d. 27. Dtsch. Jur.-Tg.", S. 124; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, S. 461.

heute noch die Surrogationstheorie die herrschende ist. Wenn man aber davon ausgeht, daß der beste Prüfstein für die Richtigkeit der einen oder anderen Theorie die praktischen Ergebnisse bilden, wird man der Differenztheorie den Vorzug geben müssen. Es gibt zweifellos Fälle, in denen es eine Härte ist, von dem Gläubiger die Bewirkung seiner Leistung zu verlangen und ihm nicht einfach den Differenzanspruch zu bewilligen. Daher hat sich denn auch das Reichsgericht in mehreren Fällen für die Differenztheorie ausgesprochen[1]).

Der 27. Deutsche Juristentag in Innsbruck hat sich ebenfalls eingehend mit dieser Frage beschäftigt. Besonders Strohal[2]) hat durch eindrucksvolle, wenn auch nicht immer ganz einwandsfreie[3]) Beispiele beide Ansichten erläutert. Auch er vertritt grundsätzlich die Surrogationstheorie, scheidet jedoch wieder diejenigen Fälle aus, in welchen die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung eine Geldleistung ist und läßt in diesen Fällen den Differenzanspruch zu.

Besonders auf Strohals Anregung hin hat der 27. Juristentag, „ohne der endgültigen Erledigung der Frage vorgreifen zu wollen, seine Rechtsüberzeugung in folgenden Sätzen ausgesprochen“:

1. Geht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadensersatz grundsätzlich denjenigen Geldbetrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Überschuß ergibt. Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann, soweit dies der Billigkeit entspricht der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein.
2. Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechender Anrechnung seinerseits dann verlangen, wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billiger-

[1]) RG. 50, 255 ff. 53, 14; 61, 87; 51, 348.
[2]) Strohal, Verhandl. d. 27. Jur.-Tg. S. 192.
[3]) Kipp, Verhandl. S. 134; Leonhard, Verhandl. 138.

weise nicht mehr zugemutet werden kann. Letztere Erwägung wird bei Handelskäufen über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, auch wenn die Geschäfte nicht Fixgeschäfte sind, im Falle des Leistungsverzuges des Käufers regelrecht zu treffen sein.

Außer dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt es noch einige Aufhebungsrechte[1]), die eine nicht unerhebliche theoretische Verwandtschaft mit dem Rücktrittsrecht aufweisen und häufig mit diesem in Verbindung gebracht werden.

Die Kündigung unterscheidet sich vom Rücktrittsrecht dadurch, daß sie das Vertragsverhältnis nur für die Zukunft aufhebt, während der Rücktritt ex tunc wirkt, also den Vertrag von Anfang an auflöst. Infolgedessen ist auch ein Schadensersatzanspruch neben der Kündigung denkbar, weil ja der der Kündigung vorangegangene Vertrag durch diese in seinen Wirkungen nicht getroffen wird.

Die Resolutivbedingung, die besonders im französischen Recht stets in Verbindung mit dem Rücktrittsrecht gebracht wird, unterscheidet sich von diesem dadurch, daß der Eintritt der Resolutivbedingung gewöhnlich von dem Willen der Parteien unabhängig ist und von selbst den Vertrag auflöst, während dieser beim Rücktritt erst durch die Erklärung der berechtigten Partei aufgehoben wird. Ferner hat die Resolutivbedingung dingliche Wirkung; der Rücktritt dagegen begründet nur eine obligatorische Verpflichtung, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Bei der Anfechtung hat die Auflösung des Vertrages immer in einem Mangel des Vertrages ihren Grund, während beim Rücktritt ein von Anfang an mangelfreier, vollgültiger Vertrag vorliegt, der nur von dem Gläubiger wegen verspäteter oder unmöglicher Leistung des Schuldners aufgelöst werden kann. Auch hat die Anfechtung wie die Resolutivbedingung dingliche Wirkung, während der Rücktritt, wie schon oben erwähnt, nur obligatorische Wirkungen hervorruft.

---

[1]) Vgl. den Aufsatz von Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, S. 205.

Die Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen wegen Verzuges des einen Kontrahenten.

§ 3. Römisches Recht.

Im römischen Recht finden wir als obersten Grundsatz aufgestellt, daß der Schuldner, der in Verzug[1]) gerät, dem Gläubiger das Interesse an rechtzeitiger Leistung prästieren und ihm den durch den Verzug entstandenen Schaden ersetzen muß.

l. 114 D. de verborum obligationibus 45, 1. „Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit moram factam non esse.“

Der Gläubiger hat also grundsätzlich nur einen Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Kniep[2]) dagegen sucht in längeren Ausführungen nachzuweisen, daß es im römischen im Gegensatz zum heutigen Recht bei Obligationen, die im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden mußten, im allgemeinen keinen Anspruch auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, sondern nur einen Interessenanspruch wegen Nichterfüllung gegeben habe. Der Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung trete gänzlich zurück und sei nur „höchst kümmerlich“ ausgebildet[3]).

---

[1]) Der Verzug setzt Fälligkeit und Klagbarkeit der Schuld und erfolglose Mahnung voraus.

[2]) Kniep, Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht, Bd. II, S. 363b; 72, S. 395 ff. 482.

[3]) Kniep, S. 393, 403.

Auch Thöl[1]) vertritt diese Ansicht und glaubt in römischen Rechtsquellen die Begründung seiner Behauptung gefunden zu haben. So beruft er sich besonders auf fr. 1. pr. de a. e. et v. „si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris“.

Es würde zu weit führen, die Streitfrage in ihrem ganzen Umfange hier zu erörtern; nur ganz kurz soll die Ansicht Knieps und Thöls widerlegt werden.

Die von Thöl angeführte Stelle beweist nicht, daß der Gläubiger im römischen Recht sofort den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hatte. Dieser Satz Ulpians erklärt sich vielmehr aus der Eigentümlichkeit des römischen Prozesses, daß jede Verurteilung auf Geld gerichtet war[2]). Das Recht des Käufers geht an sich, wie Wächter richtig hervorhebt, bloß auf die gehörige Sachleistung; auf diese wird geklagt und dieses Recht wurde auch bei Anstellung der Kaufsklage in iudicium deduziert[3]). Erst wenn der Verkäufer die Sache nicht freiwillig herausgibt, bekommt der Käufer den Anspruch auf das Interesse. Daß dies richtig ist, geht ja auch daraus hervor, daß der Beklagte noch während des Prozesses bis zur condemnatio die ursprünglich geschuldete Sache leisten konnte[4]).

Bluntschli[4]), der die Ansicht Wächters teilt, führt außerdem noch zur Begründung derselben die Stelle c. 4 C. de action. emti an, in der bestimmt darauf hingewiesen wird, „daß die Erfüllung des Kaufes zunächst in Betracht komme, dann aber, wenn nicht erfüllt worden, auf die Schätzungssumme des Interesses in Geld kondemniert werde“.

Natürlich hatte der Gläubiger dann sofort einen Anspruch auf das Interesse, wenn auch die ursprüngliche Leistung in Geld bestand, oder wenn infolge des Verzuges die Sache für ihn überhaupt kein Interesse mehr hat. Dann kann sich aber auch der Schuldner nicht mehr durch die freiwillige Sachleistung befreien[5]).

---

[1]) Thöl, Handelsrecht, Bd. I, § 86, S. 368.
[2]) vgl. Bluntschli, in Seuffert, Bd. 17, S. 354, 355.
[3]) Wächter, Erörterungen, 2. Heft, S. 23, S. 16, Anm. 3.
[4]) Bluntschli, S. 357, Anm. 2.
[5]) Wächter, S. 24.

Das Recht des Gläubigers, bei Verzug des Schuldners einseitig vom Vertrage zurückzutreten, war dem römischen Recht fremd. Allerdings gibt es eine ganze Reihe von Schriftstellern, die schon für das römische Recht ein gesetzliches Rücktrittsrecht beim Schuldnerverzuge anerkennen wollen, wenigstens für den Fall, daß die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist.

Ehe wir jedoch auf die einzelnen Quellenstellen eingehen, auf welche diese Schriftsteller ihre Behauptungen zu stützen suchen, sollen vorweg zwei Punkte hervorgehoben werden, welche von vornherein gegen ein allgemeines Rücktrittsrecht sprechen.

Einmal läßt der schon erwähnte Grundsatz des römischen Rechts: „omnis condemnatio est pecuniaria" es erklärlich erscheinen, daß die Römer mit einer Klage auf Erfüllung resp. Schadensersatz auskommen konnten und ihnen ein Rücktrittsrecht eher entbehrlich war[1]).

Der Richter mußte nämlich, wenn es zur condemnatio kam, stets das ursprüngliche Recht des Klägers in ein Recht auf eine Geldsumme verwandeln. Er konnte dabei, zumal da die wichtigsten gegenseitigen Verträge wie Kauf, Miete &c. negotia bonae fidei waren, alle Umstände, die gegen Treue, Redlichkeit und Verkehrssitte verstießen, berücksichtigen und so die Interessen des Gläubigers genügend wahrnehmen.

Bei den Arbitrarklagen mußte der iudex ein arbitrium de restituendo oder exhibendo erlassen. Wenn der Beklagte diesem keine Folge leistete, konnte nach der herrschenden Meinung zwar nicht in den Gegenstand selbst vollstreckt werden, aber der Richter konnte vor der Verurteilung den Kläger sein Interesse eidlich abschätzen lassen. Wenn der Beklagte aus Eigensinn dem arbitrium nicht gehorcht hatte, verurteilte der Richter stets zu einer Geldsumme, die über den eigentlichen Wert der Sache hinausging.

Dadurch wurde erreicht, einmal, daß der Beklagte sich nach Möglichkeit bemühte, die Sachleistung zu bewirken, und andererseits, daß der Kläger für den Fall, daß der Schuldner nicht leistete, einen guten Ersatz für die geschuldete Sache erhielt.

---

[1]) Vgl. Müllensiefen, S. 19.

Aber noch ein zweites Moment ist bei dem Grundsatz: „omnis condemnatio est pecuniaria“ hervorzuheben. Wenn heutzutage jemand von einem Vertrage zurücktritt, so wird dadurch das bestehende Schuldverhältnis aufgehoben; die etwa empfangenen Leistungen müssen einander zurückgewährt werden[1]), es tritt also der Zustand ein, als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre. Diese Wirkung konnte aber im römischen Recht wegen des angeführten Grundsatzes, wenigstens wenn der Schuldner die Sache nicht freiwillig herausgab, nicht erzielt werden, da er ja nicht zur Herausgabe des Empfangenen, sondern nur zur Zahlung einer Geldsumme gezwungen werden konnte.

Gegen ein allgemeines Rücktrittsrecht wegen Verzuges bei gegenseitigen Verträgen spricht vor allem auch die eigentümliche Anschauung, welche die Römer von der rechtlichen Natur dieser Verträge hatten. Nach der Ansicht der Römer standen sich nämlich die beiden Forderungen selbständig gegenüber. Man leistete nicht in Erwartung der Gegenleistung, sondern in Erfüllung seiner Vertragspflichtungen, „also solvendi causa, nicht ob causam futuram“[2]). Wenn daher der eine Teil nicht oder nicht rechtzeitig leistete, konnte der andere Teil doch nicht das seinerseits Geleistete zurückfordern, denn der Vertragsgegner besaß ja nicht sine causa, sondern kraft seines durch den Abschluß des Vertrages erwachsenen Forderungsrechtes[3]).

Mit dieser Auffassung verträgt sich also nicht die Wirkung des Rücktrittsrechts, daß das Geleistete zurückgegeben und dadurch ein Zustand geschaffen werden soll, als wenn der Vertrag gar nicht geschlossen wäre.

Trotzdem gibt es, wie schon erwähnt, Schriftsteller, die ein Rücktrittsrecht wegen Verzuges des Schuldners für den Fall, daß dem Gläubiger der Vertrag „unnütz“ geworden ist, anerkennen wollen. Nur auf einige Quellenstellen soll hier eingegangen werden: So führen Glück und Thibaut[4]) die Stelle l. 6 C. de

---

[1]) Enneccerus-Lehmann, Bd. I, S. 461.

[2]) Römer, in Z. f. d. ges. Handelsr., 19. Bd. n. F., 4. Bd., S. 124.

[3]) Eiswald, S. 19; vgl. auch Bechmann, Bd. I, S. 541.

[4]) Glück, Bd. IV, 2. Buch, 14. Titel, S. 417; Thibaut, System des Pandektenrechts, § 103, II, 5 ff., S. 77.

pactis inter emptorem et venditorem compositis 4, 54 an: „Cum te fundum tuum certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit ea res tibi non esse fraudi; quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens iudex fundum, cuius mentionem facis restitui tibi cum fructibus suis sine ulla ludificatione sua auctoritate perficiet, praecipue cum diversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit iniuriam."

Hier verkauft jemand einem anderen ein Grundstück und setzt den Preis deswegen besonders niedrig an, weil dieser ihm etwas verspricht; es wird vereinbart, daß, wenn das Versprechen nicht erfüllt wird, der Vertrag wieder aufgelöst sein und das Eigentum an dem Grundstück wieder an den Verkäufer fallen soll. Für dieses Rücktrittsrecht des Verkäufers ist aber nicht die Mora des Schuldners das Ausschlaggebende, sondern die beigefügte Resolutivbedingung, wie deutlich die Worte zeigen: „quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat". Zum Beweise eines gesetzlichen Rücktrittsrechts kann also diese Stelle nicht herangezogen werden, im Gegenteil beweist gerade die ausdrücklich beigefügte Bedingung, daß der Verzug allein kein selbständiges Rücktrittsrecht begründet[1]).

Glück[2]) stützt sich außerdem auf folgende Stelle: Scaevola libro secundo responsorum l. 6 pr. D. de lege commissoria 18, 3: „De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum". Es handelt sich um den Verkauf eines Grundstücks. Dem Verkäufer wird für den Fall, daß der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt, gestattet, den Vertrag wieder aufzulösen, fundos inemptos fore, also selbständig von dem Vertrage zurückzutreten.

Auch diese Stelle ist für ein gesetzliches Rücktrittsrecht nicht beweiskräftig, da sich dieses lediglich auf die lex commissoria

---

1) Vgl. v. Madai, S. 393.

2) Vgl. oben S. 12, Anm. 4.

gründet, wie ja überhaupt der ganze Titel von derselben handelt[1]).

Auch im römischen Recht konnte man sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten, dies kam sogar beim Kauf sehr häufig vor; es bedang sich dann der Verkäufer oft ein dreifaches Wahlrecht aus, ähnlich wie es jetzt in § 326 BGB. enthalten ist[2]).

Die von Glück[3]) und Thibaut[4]) weiter angeführte Stelle: Scaevola libro quinto responsorum l. 135 § 2 de verborum obligationibus 45, 1 behandelt folgenden Rechtsfall:

„Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam: deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universum summam mandator numeraret et hortos acciperet. quaeritur, cum ante Kalendas Apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Seiae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiae Titius solvere paratus fuerit neque Seia accipere voluit et usque in hodiernum per Titium non stet, quominus reliquum solveret, an nihilo minus Lucius Titius, si Seiae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit. respondit posse, si non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.“

Seja verspricht dem Titius, für ihr Geld Gärten zu kaufen und ihm dieselben gegen Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen zu Eigentum zu übertragen. Gleichzeitig treffen sie die Verabredung, daß Titius bis zum 1. April seiner Verpflichtung nachzukommen hat. Titius hat aber zu dem verabredeten Termin nur einen Teil bezahlt, verpflichtet sich aber, in Bälde den Rest des Kaufgeldes mit Zinsen zu zahlen und ist auch bereit dazu. Seja nimmt jedoch nicht an und verweigert ihrerseits Erfüllung des Vertrages. Die Frage, ob nun Titius auf Eigentumsübertragung der Gärten klagen könne, bejaht Scaevola, aber nur

[1]) Vgl. Mommsen, Bd. III, Abschn. 2 § 27, 1, Anm. 3, S. 257.
[2]) Dernburg, Bürg. Recht. S. 211, Anm. 2.
[3]) Glück, Pand. IV, 2. Buch, 14. Tit. § 330, S. 417.
[4]) Thibaut, System d. Pand.-R. § 103, II, 5, S. 77.

unter der Voraussetzung, daß Titius kurze Zeit nachher Zahlung angeboten habe und das Interesse der Seja durch die unpünktliche Zahlung nicht wesentlich verletzt sei.

Daraus, daß Titius auf Herausgabe der Gärten klagen kann, ergibt sich zunächst, daß trotz des Verzuges der Vertrag bestehen bleibt. Thibaut[1]) gibt dies zu, sucht es aber daraus zu erklären, daß durch das baldige und mehrfache Angebot des Titius eine purgatio morae eingetreten sei. Hätte sich Titius, so argumentiert Thibaut weiter, nicht bald darauf zur Zahlung des Kaufpreises erboten, wäre ihm die Klage versagt worden. Mithin läge dann ein Fall vor, daß der vertragstreue Teil wegen Verzuges des anderen einseitig vom Vertrage zurücktreten kann.

Der Fehler dieser Argumentation liegt darin, daß hier dem Verzuge des Schuldners eine Wirkung zugesprochen wird, die ihm nicht zukommt, sondern die auf eine ausdrücklich getroffene Nebenabrede zurückzuführen ist. Das Ausschlaggebende bei der Beurteilung dieses Falles ist nicht der Verzug des Schuldners, sondern lediglich die dem Vertrage beigefügte Bedingung, daß der Kaufpreis bis 1. April gezahlt werden solle. Die Erfüllung dieser Bedingung bringt überhaupt erst den Vertrag zum Abschluß[2]). Scaevola will nun sagen: Wenn Titius nur mit einem Teil des Kaufpreises im Verzuge ist, bald nach dem Fälligkeitstermin den Rest anbietet und auf der anderen Seite der Seja durch diese Verspätung keine wesentlichen Nachteile erwachsen, soll ihm aus Billigkeitsrücksichten die Klage gegeben werden, da man dies der ordnungsmäßigen Erfüllung der Bedingung gleichachten könne.

v. Wening-Ingenheim[3]) führt schließlich zum Beweise eines allgemeinen Rücktrittsrechts die Stelle: Paulus libro trigesimo quarto ad edictum l. 24 § 4 D. 19, 2 ins Feld, welches die wichtigste und bestrittenste von allen ist:

„Colonus, si ei frui non liceat totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur:

---

[1]) Thibaut, a. a. O., S. 83.
[2]) Vgl. Madai, S. 395 ff.; Mommsen, Beitr., Bd. III, S. 86, 87.
[3]) v. Wening-Ingenheim, Bd. II, S. 154.

nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest, quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet."

Ein Pächter, der ein Grundstück auf fünf Jahre gepachtet hat, erhält dieses von dem Verpächter nicht zur richtigen Zeit eingeräumt. Infolgedessen sieht er sich, das muß man aus dem zweiten Fall entnehmen, nach einem anderen Grundstück um und schließt einen zweiten Pachtvertrag ab. Paulus sagt nun, der Pächter könne ein späteres Angebot zurückweisen und sei auch seiner Verpflichtung, den Pachtzins zu zahlen, enthoben. Außerdem soll er berechtigt sein, sein Interesse sofort wegen des ganzen fünfjährigen Zeitraums einzuklagen.

In dem zweiten Fall hat der Verpächter den Pächter von dem Grundstück vertrieben und dieser inzwischen eine andere Pachtung übernommen. Auch hier gibt Paulus dem Pächter das Recht, dem ersten Verpächter gegenüber den Pachtzins zu verweigern und das Interesse für die ganzen 5 Jahre einzuklagen. Voraussetzung aber ist, daß die mora des Schuldners längere Zeit gedauert hat und in den Verhältnissen des Pächters eine wesentliche Änderung eingetreten ist, d. h. daß die nachträgliche Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat.

Aus dieser Stelle kann m. E. ebenfalls kein wirkliches Rücktrittsrecht, keine einseitige Aufhebung des Vertrages wegen Verzuges herausgelesen werden. Der Pächter hat hier nur das Recht, die ihm angebotene verspätete Leistung „zurückzuweisen", da sie für ihn keinen Nutzen mehr hat. Auch der Umstand, daß der Pächter noch auf Ersatz des Interesses klagen kann, unterstützt die Ansicht, daß der Vertrag bestehen bleibt, denn nur auf den Vertrag kann dieser Interessanspruch gestützt werden. Der Pächter kann allerdings, wie die Worte „neque ipse pensionum nomine obligatus erit" zeigen, nicht auf Bezahlung des Pachtzinses

verklagt werden. Aber dieses deutet, wie Madai[1]) richtig hervorhebt, nicht darauf hin, daß ihm ein Rücktrittsrecht eingeräumt ist, sondern nur, daß er der Klage des Verpächters auf Bezahlung des Zinses die exceptio doli entgegensetzen kann.

Auch Windscheid folgert aus dieser Stelle nur, daß der Pächter das Recht habe, die Leistung zurückzuweisen (vgl. weiter unten S. 23, vgl. auch Windscheid, Bd. II, § 402, 2a, Anm. 4 S. 709)[2]).

Aus diesen Ausführungen ersehen wir also, daß die Quellenstellen nicht die Annahme eines allgemeinen Rücktrittsrechts wegen Verzuges des Schuldners rechtfertigen, auch nicht für den Fall, daß die Leistungen nutzlos geworden sind.

Nur bei Miete und Pacht und den Innominatkontrakten macht das römische Recht eine Ausnahme. Der Vermieter resp. Verpächter kann einseitig vom Vertrage zurücktreten, wenn der Mieter resp. Pächter zwei Jahre hindurch den Mietszins nicht zahlt (l. 54 § 1; l. 56 D. 19, 2)[3]). Eine ähnliche Bestimmung gilt bei der Emphyteuse (l. 2 C. de emph. iure 4, 66); bei der Verpachtung öffentlicher Einkünfte ist dem Verpächter sogar sofort ein Rücktrittsrecht gegeben, wenn der Pachtzins nicht bezahlt wird (l. 10 § 1 D. de publ. 39, 4).

Vielfach ist die Ansicht vertreten[4]), daß dieses Rücktrittsrecht auf eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts zurückzuführen sei, welches den Vermieter einseitig bevorzugt, da in Rom fast nur Proletarier zur Miete wohnten.

Allerdings konnte nach römischem Recht der Vermieter seinen Mieter jederzeit mit oder ohne Grund aus der Wohnung vertreiben[5]), aber wenn er dies ohne Grund tat, blieb er dem Mieter

---

[1]) Vgl. v. Madai, S. 392/93.

[2]) Vgl. v. Madai, S. 392/93; Mommsen, S. 257 ff.; Eiswald, S. 17 Fiebach, S. 4, Anm. 4; A. M. Müllensiefen, S. 12—14; Türke, S. 6.

[3]) Vgl. dagegen Wolff, Zur Lehre von der mora, § 10, S. 175—179.

[4]) Lasker, S. 23; Jacobsohn, S. 29.

[5]) Vgl. Dr. Franz Bernhöft in Beitr. z. Erl. u. Beurtlg. d. Entw. ein. BGB. f. d. Dtsch. Reich, 12. Heft S. 72 ff.: „Kauf-, Miets- und verwandte Verträge in dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich".

zu vollem Schadensersatz verpflichtet. Da nun, wie schon oben hervorgehoben wurde, es dem Richter freistand, den Schaden zu bemessen, mußte der Vermieter bei frivolem Vertragsbruch auf die empfindlichste Strafe rechnen. Der Richter griff, um dem Geschädigten vollen Ersatz für seinen Schaden und seine Unbequemlichkeiten zu verschaffen, lieber etwas zu hoch als zu niedrig[1]). Hinzu kam noch, daß das strenge Exekutionsrecht, das auch die Person des Schuldners nicht schonte, die ganze wirtschaftliche Existenz desselben vernichtete und die Infamie ihm die größten materiellen Nachteile brachte. Deshalb wird sich der Vermieter wohl nach Möglichkeit gehütet haben, kontraktsbrüchig zu werden.

Der Mieter steht also, wenn er auch nicht die gewünschte Mietssache, sondern nur den Ersatz erhält, doch nicht so schutzlos da, wie vielfach angenommen wird.

Eine andere wichtige Ausnahme finden wir bei den Innominatkontrakten. Es sind dies alle die Verträge, welche auf Austausch zwischen Leistung und Gegenleistung gerichtet waren, sich aber unter die im älteren römischen Recht anerkannten Vertragsarten nicht einreihen ließen und infolgedessen klaglos blieben. Wer aus einem solchen Vertrage leistete, konnte, wenn der andere mit der Gegenleistung in Verzug kam, mit der condictio causa data causa non secuta seine Leistung zurückverlangen. Später wurden auch diese Innominatkontrakte als Verträge rechtlich anerkannt, denn der Prätor gab dem, der geleistet hatte, die actio praescriptis verbis auf Erfüllung des Vertrages; trotzdem aber diese Klage eingeführt worden war, blieb doch die condictio bestehen. Der Gläubiger konnte auf Grund des Kontraktes das Geleistete „propter moram" kondizieren und so den ganzen Vertrag wieder auflösen[2]). Derjenige, der geleistet hatte, hatte also beim Verzuge des Gegenkontrahenten das Wahlrecht, auf Er-

---

[1]) Ziebarth, Realexekution und Obligation, S. 156; vgl. auch Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, Bd. II, S. 327.

[2]) Einige behaupten, daß jeder Kontrahent nach völlig freiem Belieben „ex mera poenitentia" vom Vertrage zurücktreten und seine Leistung mit der condictio ex capite poenitentiae verlangen konnte. Dies ist jedoch sehr bestritten. Vgl. Wendt, Reuerecht und Gebundenheit; Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten, S. 166; Fiebach, S. 5.

füllung zu klagen oder vom Vertrage zurückzutreten. Es liegt also hier der Fall eines wirklichen Rücktrittsrechtes vor.

Werfen wir einen Rückblick auf die Entwickelung des Leistungsverzuges bei gegenseitigen Verträgen im römischen Recht, so sehen wir, daß der vertragstreue Teil nur einen Anspruch auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung hat. Das Recht, bei Schuldnerverzug einseitig vom Vertrage zurückzutreten, ist außer den beiden eben erörterten Fällen nicht anerkannt.

§ 4. Altes deutsches Recht.

Im ältesten deutschen Recht war der Gläubiger beim Verzuge des Schuldners nur sehr wenig geschützt. Eine Bestimmung, daß der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden ersetzen muß, finden wir nicht.

Es ist dies vor allem darauf zurückzuführen, daß die germanische Rechtsauffassung vom Unrecht, nicht aber vom Recht ausging[1]). Die Nichterfüllung einer Schuld, eines Vertragsverhältnisses, galt als ein strafbares Unrecht und wurde infolgedessen nach strafrechtlichen Gesichtspunkten behandelt. Der Schuldner mußte durch die Mahnung des Gläubigers „in strafbares Unrecht versetzt werden, das ihn bußfällig machte“[2]). Aus der zivilrechtlichen Schuld wurde so eine strafrechtliche. Aber selbst nach vergeblicher Mahnung durfte der Gläubiger nicht sein Verzugsinteresse geltend machen, sondern es traten nur gesetzlich fixierte Säumnisbußen[3]) ein, deren Höhe sich aber nicht nach dem jeweilig entstandenen Schaden richtete.

Nur bei den Westgoten und zum Teil auch bei den Langobarden findet sich ein Schadensersatzanspruch; denn sie betrachteten die Verletzung der Zahlungspflicht nicht unter dem Gesichtspunkt

---

[1]) Fischer, „Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB.“ in Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß, 12. Bd., 3. Heft, S. 30.

[2]) Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 500.

[3]) Vgl. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 188; Stobbe-Lehmann, S. 285; Dernburg, Lehrb. d. Pr. Pr.-R., Bd. II, § 72, Anm. 4, S. 166.

des begangenen Unrechts, sondern unter dem des hierdurch bewirkten Schadens[1]).

Selbst im 13. Jahrhundert war dem Gläubiger beim Verzuge des Schuldners noch nicht ein Schadensersatzanspruch gegeben[2]). Er konnte nur Erfüllung verlangen oder, wenn dies nicht mehr möglich war, das Interesse, jedoch ohne Rücksicht auf den entstandenen Schaden[3]).

Wollte der Gläubiger Schadensersatz geltend machen, so mußte er dies im Schuldvertrage ausdrücklich vereinbaren. Es wurde daher üblich, in die Schuldbriefe ein besonderes Schadengedinge aufzunehmen, und um auch jedem Streit über die Höhe des Schadens vorzubeugen, ließ der Gläubiger den Schuldner versprechen „se credere de damnis et expensis simplici verbo creditoris", sodaß er dann ohne Eid und ohne Zeugenbeweis durch sein schlichtes Wort den Umfang des Schadens bestimmen konnte[4]). In diesen Fällen ist aber der Schuldner nicht wegen des durch den Verzug verursachten Schadens verpflichtet, sondern wegen seines Versprechens.

Löning[5]) weiß, um mit seinen Worten zu reden, aus dem ganzen Umkreise des mittelalterlichen deutschen Rechts nur ein einziges Zeugnis beizubringen, welches unzweifelhaft grundsätzlich den Schuldner für jeden durch den Zahlungsverzug entstehenden Schaden verantwortlich macht, nämlich: Lübisches Recht, Cod. II art. 188 (Cod. III art. 78):

„Dar en deme anderen schuldich is unde nicht neghelt to sime daghe, also langhe also he dat ghelt beholt na deme daghe, also langhe schal he eme penninge lenen also vel, ofte he mot eme den schaden beteren, ofte he beclaghet wert dar umme, oder he mot sweren, dat he eme nenen schaden ne hebbe ghedan."

Aus dieser schwerfälligen Art und Weise, wie hier der Schaden ausgeglichen werden soll, schließt Löning[6]), daß es sich hier um

[1]) Löning, Der Vertragsbruch, S. 98.
[2]) Stobbe-Lehmann, Handb. d. Dtsch. Priv.-R., S. 285.
[3]) Sachsenspiegel, III, 43, § 2; II, 44, § 2.
[4]) Brunner, S. 188.
[5]) Löning, S. 315.
[6]) Löning, S. 315/16.

einen ersten legislatorischen Versuch, das bisherige Recht neuen, städtischen Bedürfnissen entsprechend umzuformen, handelt. Stobbe und Lehmann halten diese Stelle jedoch nicht für die einzige mittelalterliche Bestimmung, sondern sind der Ansicht, daß sich allmählich ein gesetzlicher Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzuges des Schuldners herausgebildet hat[1]).

Allerdings verschwanden im Mittelalter allmählich die gesetzlichen Säumnisbußen, und sie wurden in der Tat auch insofern entbehrlich, „als die dem Gläubiger durch den Vertragsabschluß eingeräumte Pfändungsbefugnis ihm auch im Fall des Verzuges einen Zugriff gegen die verhafteten Vermögensgegenstände des Schuldners gewährte, sobald nur die verspätete Erfüllung als Nichterfüllung angesehen werden konnte"[2]). Nur in dem uralten, das Mittelalter weit überdauernden „Rutscherzins" (Zweigilt), einer vom Zinsmann als Verzügsstrafe zu entrichtenden Abgabe, durch die der geschuldete Betrag meist verdoppelt wurde, erhielt sich der Gedanke einer wegen Verzuges von selbst eintretenden Strafe.

Zu einer einheitlichen Regelung des Schadensersatzes wegen Verzuges ist es im alten deutschen Recht jedenfalls nicht gekommen. In den Fällen, in denen wir einen Schadensersatz wegen Verzuges antreffen, hat dieser gewöhnlich nur den Zweck, den Schuldner zu strafen, nicht aber den entstandenen Schaden auszugleichen. Kurzum für das deutsche Recht ist es charakteristisch, daß auch die Vertragsverhältnisse der strafrechtlichen Behandlung unterliegen.

Ein Rücktrittsrecht des Gläubigers wegen Säumnis des Schuldners ist im alten deutschen Recht ebenfalls nicht allgemein anerkannt. Meibom[3]) allerdings sucht ein solches nachzuweisen und beruft sich zu diesem Zwecke auf Richsteig Landrecht 19 § 4, Sachs.-Sp. I, 9 § 2 und Schw.-Sp. 200. Mit Recht weisen Stobbe und Lehmann darauf hin, daß diese Stellen nicht beweiskräftig sind, und auch die letzte Stelle, welche eine ganz spezielle Bestimmung enthält, nicht den Schluß auf ein allgemein anerkanntes Rücktrittsrecht gestattet.

---

[1]) Stobbe-Lehmann, S. 286, Anm. 9.
[2]) Hübner, a. a. O., S. 501.
[3]) Meibom, in Jahrb. d. gem. dtsch. Rechts, S. 485—487.

Nur in einzelnen Stadtrechten wird ein Rücktrittsrecht gewährt. So konnte nach Wiener Stadtrecht[1]) (Art. 62, 2) der Verkäufer, wenn er den Verzug des Käufers dem Gericht angezeigt hatte, einseitig vom Vertrage zurücktreten, und das Münchener Stadtrecht[2]) (Art. 39) gab ihm außerdem noch für den Fall, daß er die Ware an einen anderen billiger verkauft hatte, das Recht, die Preisdifferenz von dem säumigen Käufer zu verlangen. Dieses letztere Recht ist aber nicht ein Rücktrittsrecht in dem heutigen Sinne, da ja noch der Anspruch auf die Preisdifferenz gegeben ist. Es ist dies vielmehr eine Bestimmung, die wir in ähnlicher Form in Art. 354 A.HGB. wiederfinden werden, wo u. a. dem Verkäufer das Recht gegeben wird, die Ware unter Beobachtung bestimmter Vorschriften für Rechnung des Käufers zu veräußern.

Diese vereinzelten Spuren eines gesetzlichen Rücktrittsrechts sind aber zur Zeit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland schon wieder verschwunden.

§ 5. Gemeines Recht.

Das gemeine Recht wird grundsätzlich von dem römischrechtlichen Prinzip beherrscht. Der vertragstreue Teil hat bei einem gegenseitigen Vertrage für den Fall, daß der andere Teil in Verzug gerät, im allgemeinen nur den Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Wenn jedoch die Leistung infolge des Verzuges kein Interesse mehr für den Gläubiger hat, dann kann derselbe die ihm angebotene verspätete Leistung zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[3]).

In der Literatur findet man häufig die Ansicht vertreten, daß der Gläubiger bei Verzug des Schuldners das Recht habe,

---

[1]) Dr. Heinrich Maria Schuster, Das Wiener Stadtrecht oder Weichbildbuch, S. 72.

[2]) Franz Auer, Das Stadtrecht v. München, S. 18; Fiebach, S. 9.

[3]) Vgl. Regelsberger, in Archiv f. ziv. Prax., Bd. 15, S. 28; Dernburg, Pand., S. 117; vgl. Mot. z. Entw. eines HGB. f. d. preuß. Staaten, S. 129.

vom Vertrage zurückzutreten. In dieser Allgemeinheit ist aber die Behauptung, wie Windscheid[1]) sagt, nicht richtig. „Der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist, wohin im besonderen auch der Fall gehört, wo er für das Bedürfnis, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweitige Fürsorge getroffen hat. Es kann von dem Gläubiger nicht verlangt werden, daß er einen Nachteil, welchen er abwenden kann (durch Nichtannahme der verschuldeten Leistung) oder abwenden konnte (durch anderweitige Fürsorge für sein Bedürfnis), erleide, um hinterher Ersatz einzutreiben."

Die Praxis stützte sich zunächst auf die römisch-rechtlichen Grundsätze. Es sollen hier nur einige Entscheidungen Erwähnung finden.

Das Obertribunal zu Stuttgart[2]) führt in einer Entscheidung aus: „Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Verkäufer aus dem Grunde des Verzuges des Käufers allein nicht seinerseits vom Vertrage abgehen; vielmehr hat derselbe nur das Recht, auf Erfüllung zu klagen, wobei er aber selbst zunächst seine Verbindlichkeit erfüllen, also mindestens die von ihm versprochene Leistung gehörig anbieten müsse".

Auch der oberste Gerichtshof für Bayern[3]) spricht in einem Urteil aus, daß „bei wechselseitigen Verträgen der Verzug des einen Teils den andern nicht berechtigt, vom Vertrage abzugehen". In der weiteren Begründung wird ausdrücklich auf die Schriftsteller[4]), welche ein Rücktrittsrecht zulassen wollen, verwiesen, ihre Ansicht aber verworfen, da „das Recht, welches die Mora des einen Kontrahenten dem andern gibt, nur darin besteht, daß dieser

---

[1]) Windscheid, Bd. II, § 280, Anm. 1 S. 131; Römer, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 19, S. 123: Mot. z. BGB. zu § 369, S. 209; Dernburg, Pand., Bd. II, S. 117.

[2]) Seuffert, Arch., Bd. 14, Nr. 122, S. 190—193; and. Entsch. Pauli, im N. Arch. f. Handelsr., Bd. III, S. 134 ff.

[3]) Seuffert, Arch., Bd. 31, n. F. Nr. 126, S. 158/59.

[4]) Glück, Komm., Bd. IV, S. 417; Wening-Ingenheim, III, § 129; Thibaut, System, Bd. I, § 83, II, Nr. 5.

die Annahme der verspäteten Leistung zurückweisen darf, wenn sie ihm infolge der Mora ganz unnütz geworden ist".

Es ist also ausdrücklich gesagt, „ganz unnütz geworden ist"; diese gänzliche Nutzlosigkeit ließ sich aber in den meisten Fällen nur schwer, in vielen sogar überhaupt nicht beweisen. Wenn der Schuldner eine Geldleistung schuldete, so konnte der Gläubiger kaum nachweisen, daß er an der verspäteten Geldzahlung überhaupt kein Interesse mehr hat. Zu welchen Härten dieser Grundsatz in der Praxis führen mußte, das zeigen mehrere Entscheidungen, von denen nur der eklatanteste Fall, ein Urteil des Appellationsgerichts Celle[1]), herausgegriffen werden soll. Der Sachverhalt war ungefähr folgender: Th. hatte ein Haus an F. verkauft. Letzterer zahlt eine kleine Summe an, verpflichtet sich, einen Teil der Schuld bei Abtretung des Grundstücks zu tilgen und den Rest in zwei Raten gegen ausgestellte Wechsel zu bezahlen. Da F. allen diesen Verpflichtungen nicht nachkommt, klagt Th. die Wechsel ein. Die Zwangsvollstreckung hat jedoch keinen Erfolg. Die nunmehrige Klage des Th. auf Aufhebung des Kaufvertrages dringt in der ersten Instanz durch, wird aber von dem Berufungsgericht, nachdem inzwischen drei Jahre verflossen sind, abgewiesen, „da der Verzug des Schuldners grundsätzlich nicht zum Rücktritt berechtige und hier kein Grund vorliege, von dieser Regel eine Ausnahme zu machen". Die Stelle l. 24 § 4 loc. 19, 2, welche der Vorderrichter angezogen habe, gebe dem Gläubiger nur dann das Recht, vom Vertrage „zurückzutreten"[2]), wenn er an der Erfüllung desselben, der Leistung des Schuldners, kein Interesse mehr habe. Diese Voraussetzung liege aber hier nicht vor, „da nicht ersichtlich und nicht einmal vom Kläger etwas darüber behauptet, daß die Zahlung der Kaufgelder, falls dieselben etwa dem Kläger vom Beklagten nachträglich angeboten werden sollten, für den Kläger keinen Wert mehr haben würde". Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und der Umstand, daß der Gläubiger nicht weiß, ob und wann der Schuldner zahlen wird, berechtigt noch nicht, vom Vertrage zurückzutreten.

---

[1]) Seufferts Archiv, Bd. 35, n. F. 5, Nr. 14, S. 19—22; vgl. auch Lehmann, welcher mehrere Beispiele anführt, S. 7 ff.; Fiebach, S. 19.

[2]) Oben wurde gezeigt, daß hier nur eine Zurückweisungsbefugnis vorliegt.

Es ist erklärlich, daß derartige Entscheidungen dem natürlichen Rechtsgefühl des Volkes direkt widerstreben und die Sicherheit des Verkehrs erheblich gefährden mußten. Regelsberger[1]) zeigt einen Weg, wie derartigen ungerechten Urteilen vorgebeugt werden könne, und empfiehlt „elastische Bestimmungen" des corpus iuris herauszugreifen und verständig zu benützen, vor allem also dem richterlichen Ermessen einen weiteren Spielraum zu lassen. Aus einer ganzen Reihe von Entscheidungen ersehen wir, daß auch mehrere hohe Gerichtshöfe dieses Prinzip verfolgten, da sie erkannt hatten, daß die strikte Auslegung des Gesetzes zu unhaltbaren Konsequenzen führte. Sie verlangten bisweilen nicht mehr den Nachweis der gänzlichen Interesselosigkeit und schufen häufig ein Rücktrittsrecht dadurch, daß sie das Gesetz dahin interpretierten, daß das Interesse des Gläubigers mitunter eben gerade in der Auflösung des Vertrages bestehen könne[2]). Von den zahlreichen Entscheidungen[3]) kann hier nur einigen wenigen Raum gegeben werden.

Das OG. zu Wolfenbüttel[4]) (I. Sen.) vertritt die Anschauung, „daß dem Gläubiger beim Verzuge des Schuldners die Befugnis, vom Vertrage zurückzutreten, zustehe, wenn und insofern nach der Natur der Verhältnisse des konkreten Falles anzunehmen sei, daß das Interesse des nichtsäumigen Kontrahenten die Aufhebung des Kontrakts erfordert habe".

In einem Urteil des OLG. Kassel[5]) wird ein wirkliches Rücktrittsrecht anerkannt und in der Begründung hervorgehoben, daß bei einem zweiseitigen Vertrage die Säumnis des einen Teils nicht ohne weiteres eine Rücktrittsbefugnis des anderen begründet; „das Recht, einseitig vom Vertrage zurückzutreten, kann vielmehr nicht anders anerkannt werden, als wenn der Nichtsäumige nach den gegebenen Umständen begründeten Anlaß hatte, auf andere Weise für das Bedürfnis Fürsorge zu tragen, und wenn ihm die rechtzeitige gerichtliche Verfolgung seiner Ansprüche aus dem

---

1) Regelsberger, im Arch. für die ziv. Prax., Bd. 50, S. 28.
2) Vgl. Fiebach, S. 20.
3) Mehrere Entscheidungen führt Eiswaldt S. 27 an.
4) Seuffert, Arch., Bd. 33, n. F. 3, Nr. 294, S. 404.
5) Seuffert, Arch., Bd. 47, n. F. 17, Nr. 101, S. 14.

zweiseitigen Vertrage nicht helfen konnte". Auch das Reichsgericht[1]) führt aus: „In Theorie und Praxis des gemeinen Rechts ist anerkannt, daß der Gläubiger im Falle eines gegenseitigen Vertrages beim Verzuge des Schuldners von dem Vertrage zurücktreten könne, wenn durch das vertragswidrige Verhalten des Schuldners der angestrebte Vertragszweck vereitelt ist und demnach die Leistung für den Gläubiger das Interesse verloren hat". Durchaus logisch heißt es dann in der Begründung weiter, daß infolge der Aufhebung die gegenseitigen Leistungen zurück zugewähren sind; außerdem wird aber dem vertragstreuen Teil noch die Ersatzpflicht des verursachten Schadens auferlegt.

Aus diesen verschiedenen Entscheidungen ersieht man — und das muß hervorgehoben werden —, daß das gemeine Recht nicht juristisch präzise unterscheidet zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Denn in einigen Entscheidungen wird von einem Rücktrittsrecht oder dem Recht, den Vertrag aufzulösen, gesprochen und trotzdem noch ein Schadensersatz gewährt[2]), der doch nur auf dem Vertrage basieren kann. Auch in der Theorie herrschte, wie wir schon gesehen haben, Streit. Die einen bezeichnen die Befugnis des Gläubigers, die verspätete Leistung zurückzuweisen, als ein Rücktrittsrecht vom Vertrage im Sinne einer Auflösung desselben, während andere diese Ansicht bekämpfen.

Trotz dieses Schwankens von Theorie und Praxis kann man doch als Ergebnis verzeichnen, daß die Praxis des gemeinen Rechts bemüht war, den Bedürfnissen des Lebens zu entsprechen, indem sie bisweilen ein Rücktrittsrecht schuf[3]).

---

[1]) Gruch., Beitr., Bd. 39, S. 450.

[2]) Regelsberger, Archiv für die ziv. Prax., 50, 30; vgl. auch unten, S. 59 ff.

[3]) Dieser Fortschritt des gemeinen Rechts erklärt sich auch daraus, daß allmählich die Anschauung durchdrang, daß bei den gegenseitigen Verträgen die beiden Leistungen in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Über die einzelnen Theorien des gemeinen Rechts vgl. Keutner, Die rechtl. Natur der gegenseitigen Verträge.

§ 6. Allgemeines Landrecht.

Eine eigentümliche Entwickelung hat das Rücktrittsrecht bei der Schaffung des Allgemeinen Landrechts durchgemacht. Um diesen Entwickelungsgang und die endgültige Regelung des Rücktrittsrechts im ALR. richtig würdigen zu können, müssen wir kurz einen Blick auf den Geist und die Weltanschauung der damaligen Zeit werfen.

Das Allgemeine Landrecht ist entstanden in der Aufklärungsperiode am Ende des 18. Jahrhunderts, die sich zu nichts geringerem berufen glaubte als zur wirklichen Darstellung einer absoluten Vollkommenheit[1]. Bis zu dieser Zeit hatte die gesamte Rechtswissenschaft einen ausgesprochen romanistischen Charakter. Das römische Recht wurde von den Gelehrten als das eigentliche nationale Recht, als „das gemeine deutsche Recht" angesehen.

Da auf einmal machte sich am Ende des 18. Jahrhunderts eine Reaktion gegen das zur allgemeinen Herrschaft gelangte römische Recht geltend. Hie und da galt in den juristischen Kreisen als Parole, die Macht des römischen Rechts zu brechen. Es wurden Stimmen laut nach einer allgemeinen Gesetzgebung, die Rechtsgeschichte feierte ihre Wiedergeburt, kurzum, das nationale Gefühl erwachte in den Herzen der Deutschen[2].

Saleilles[3] klagt darüber, daß es auch in unserer Zeit in Deutschland Mode geworden sei, die Aufnahme des römischen Rechts, wie sie sich im 15. Jahrhundert vollzogen hat, stark zu schmähen. Er kritisiert diese Bewegung mit den Worten: „Die Vaterlandsliebe der Deutschen, die ein wenig eifersüchtig, ja sogar ein wenig undankbar war, scheint die langdauernde Herrschaft des fremden Rechts in Deutschland als drückend zu empfinden".

Dieser Vorwurf ist nicht unberechtigt; es darf nicht verkannt werden, daß das deutsche Recht dem römischen alles verdankte

---

[1]) Savigny, Friedrich Karl, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft, S. 5.

[2]) Stölzel, Brandenburg-preußische Rechtsverw. u. Rechtsverf., Bd. II, S. 292.

[3]) Saleilles, Raymond, „Einfg. i. d. Stud. d. dtsch. BGB.", übers v. Prof. Dr. Rud. Leonhard, in Stud. z. Erl. d. BGB., 14. Heft, S. 5 u. Anm. 4.

und ohne dasselbe überhaupt der Kraft entbehrt hätte, sich den Bedürfnissen der Zeit gemäß umzugestalten.

Die ganze Bewegung jener Zeit erklärt sich aus den Anschauungen der von Conring ausgehenden, damals zur vollen Herrschaft gelangten Naturrechtsschule, welche alles vom Standpunkt der reinen Vernunft betrachtet wissen wollte. Dieses „Recht der Natur", unter welchem man allerdings nicht „ein Herleiten allgemeiner Rechtsgrundsätze aus vermeintlich reinen Vernunftsideen, sondern dasjenige Recht, welches man in dem vorhandenen Recht als vernünftig und natürlich erkannte", verstand, sollten die Redaktoren des Allgemeinen Landrechts nach ausdrücklichem königlichen Befehl „vor die römischen Rechte ziehen"[1]). Es sollte ein Gesetzbuch geschaffen werden, das nach Inhalt, Geist und Sprache deutsch war.

Schon oben habe ich hervorgehoben, daß die eigentümliche Konstruktion des römischen gegenseitigen Vertrages und die mit dieser zusammenhängende Versagung des Rücktrittsrechts dem deutschen Rechtsempfinden nicht mehr entsprach.

Suarez, welcher unter der Oberleitung Carmers vornehmlich den Inhalt des Allgemeinen Landrechts schuf und die Redaktion leitete, betonte stets die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Obligationen[2]), und schlug vor, das gemeinrechtliche Prinzip betreffend des Rücktrittsrechts gänzlich fallen zu lassen und bei allen gegenseitigen Verträgen, falls der eine Kontrahent seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, dem anderen das Wahlrecht zu geben, ob er vom Vertrage abgehen oder auf Erfüllung desselben dringen wolle.

In dem Entwurf[3]) zum Allgemeinen Landrecht hieß es:

---

[1]) Bornemanns Rechtsentwickelung, S. 51. Stölzel, C. G. Suarez, S. 449; vgl. auch die Kabinettsorder Friedrichs d. Großen vom 31. Dez. 1746, die befahl, das neue preußische Recht auf die reine Vernunft und die Landesverfassung zu gründen. Vgl. Vierhaus, Die Entstehungsgesch. d. Entw. eines BGB. in Bekker und Fischers Beitr., 1. Heft, S. 3, 4; Gierke, Dtsch. Pr.-R., S. 3, 4; Saleilles, S. 8.

[2]) Vgl. weiter unten S. 29.

[3]) Bornemann, System. Darst. des preuß. Ziv.-R., Bd. II, S. 637—644; vgl. Türke, S. 17 und Mot. z. preuß. Entw. eines HGB., S. 129, 130.

§ 268: „Wenn der eine Teil vom Vertrage abgeht, so hat der andere Teil die Wahl, ob er ein Gleiches tun oder auf Erfüllung des Vertrages dringen wolle.“

§ 274: „Was in Ansehung des nicht gehörig erfüllten Vertrages bestimmt worden, das muß auch auf den Fall angewendet werden, wenn einer der Kontrahenten in Ansehung der Zeit, des Orts oder einer anderen Nebenbedingung die Erfüllung des Vertrages verweigert.“

Gegenüber den hiergegen erhobenen Monita gab Suarez zwar zu, daß diese Bestimmungen weit von den bisherigen Rechtssätzen abwichen, betonte jedoch, daß diese Abweichung durch Bedürfnisse des Verkehrs bedingt sei und sicherlich auch zu einer Verringerung der Prozesse führen werde. Im einzelnen begründete er seine Vorschläge mit folgenden Worten[1]):

„Es scheint mir bei contractibus onerosis, wo der Fall nur allein vorkommen kann, sehr billig und der Natur der Sache gemäß, daß, wenn der eine Teil mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit saumselig ist und also meine Erwartung, wozu ich aus dem Kontrakte ein Recht habe, nicht befriedigt, ich dagegen auch meines Ortes an den Kontrakt nicht gebunden sein kann, weil alsdann keine Läsion für den anderen Teil vorhanden ist, die doch allein den Grund der obligationis perfectae ad implementum pacti ausmacht.“

Suarez drang mit seinen Anschauungen jedoch nicht durch, vielmehr bewirkten die „Monita“, daß in dem zweiten Entwurfe diese weitgehenden Bestimmungen eingeschränkt und nur demjenigen die Wahl zwischen Erfüllung und Rücktritt gegeben wurde, dessen Gegner „die Erfüllung seiner im Vertrage klar gegründeten Hauptverbindlichkeiten unter zweifelhaften, einer weitläufigen Erörterung bedürfenden Ausflüchten verweigert“.

Allerdings hatte auch dann noch der Richter dem Zögernden eine Frist zur Erfüllung des Vertrages zu bestimmen (wenigstens bei Wertgegenständen über 50 Talern); erst nach Ablauf dieser Frist durfte der andere Kontrahent zurücktreten.

---

[1]) Bornemann, Bd. II, S. 639.

Gegen diese Bestimmungen, welche in den zweiten Entwurf (II, 2 § 281—284) übergegangen waren, wurden namentlich von seiten der Justizkollegia schwerwiegende Bedenken geäußert, so daß man schließlich doch wieder zu dem gemeinrechtlichen Grundsatz zurückkehrte.

Das Allgemeine Landrecht stellte daher in § 393, 394 T. I Tit. 5 als sein Hauptprinzip auf, „daß die von der einen Seite verweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages den andern in der Regel noch nicht berechtige, von dem Vertrage wieder selbst abzugehen. Vielmehr soll ihm nur freistehen, den Gegenteil zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach dem Gesetze hinzukommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten".

So waren also all die wertvollen Ausführungen Suarez', der sich von dem engherzigen Grundsatz des gemeinen Rechts losreißen wollte, vergeblich.

Der Gläubiger hatte auch nach Allgemeinem Landrecht grundsätzlich nur einen Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung[1]).

Jedoch hat die preußische Praxis bei Verzug des Schuldners und bei verschuldeter Unmöglichkeit stets an Stelle des Anspruchs auf Erfüllung den Anspruch auf das Interesse überall da gewährt, wo die nachträgliche verspätete Erfüllung nach der konkreten Natur des Vertrages für den Gläubiger keine Erfüllung mehr ist[2]).

Die in § 393, 394 T. I Tit. 5 aufgestellte Hauptregel hat aber das ALR. entsprechend der für dasselbe überhaupt charakteristischen Kasuistik in mehreren Fällen durch Gewährung eines Rücktrittsrechts durchbrochen, so daß Pauli[3]) mit Recht sagen kann, „die Praxis hat von der allgemeinen Regel nachgerade

[1]) Bemerkenswert ist, daß der Grund der Verschuldung von Einfluß auf die Schadensberechnung sein soll. Vgl. Dernburg, Pr. Pr.-R. § 72, S. 166.

[2]) Striethorst, Archiv, Bd. III, S. 325—328; Bd. VI, S. 103—106; Bd. XXXIV, S. 57; 36, S. 120.

[3]) Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. VI, S. 124.

soviel abgeschliffen, daß, wenn auch faktisch die Klage auf Erfüllung, wie es in der Natur der Sache liegt, die Regel bildet, doch der Geltung dieser Regel als gesetzlichen Prinzips der Boden genommen ist.

Die von dem Allgemeinen Landrecht statuierten allgemeinen Rücktrittsbestimmungen[1].

Das Allgemeine Landrecht unterscheidet zwischen

A. Verträgen, deren Hauptgegenstand Sachen und Rechte, und

B. solchen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind.

A. Sind Sachen und Rechte Gegenstand des Vertrages, so hat die Verweigerung oder nicht gehörige[2]) Erfüllung in der Regel nicht die Wirkung der Auflösung, sondern der vertragstreue Teil hat nur die Klage auf Erfüllung. Es ergeben sich hierbei folgende Möglichkeiten:

a) Ist der Vertrag unklar, d. h. sind die Parteien über den eigentlichen Sinn und den Umfang desselben uneins, so muß der Vertrag durch den Richter entschieden und sodann die Erfüllung dieser Entscheidung gemäß geleistet und angenommen werden.

b) Ist der Vertrag klar, d. h. sind die Parteien über denselben einig, aber der eine Teil verweigert die Erfüllung, gibt das Gesetz dem jeweiligen Sieger, eventuell also auch dem Beklagten, das Rücktrittsrecht.

Es ergeben sich hierbei folgende Fälle:

I. Der Kläger gewinnt den Prozeß (der Weigerungsgrund des Beklagten wird verworfen).

---

[1]) Im Anschluß an die Zusammenstellung von Pfützenreuter, welcher in der Juristischen Zeitung für die kgl. preußischen Staaten, 5. Jahrg. 1836, S. 1147 ff. die Bestimmungen der §§ 393—412, T. I, Tit. 5 gegenüber den Angriffen verteidigt. Vgl. auch v. Kamptzs Jahrb., Bd. 2, S. 85—98; Bd. 4, S. 267—272; Türke, S. 20.

[2]) Die in §§ 396 ff. festgelegten Bestimmungen finden auch bei Verzug des Schuldners Anwendung, a. M. der Verf. des Auff. in Kamptzs Jahrb., Bd. 2, S. 85 ff.

1. Der Kläger gewinnt den Prozeß rechtskräftig. In diesem Falle hat der Kläger die Wahl, entweder Erfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. In beiden Fällen steht ihm das Recht zu, Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung zu fordern (§§ 397/98).

2. Der Kläger gewinnt den Prozeß in erster Instanz. Auch in diesem Falle kann er von dem Vertrage zurücktreten[1]), darf aber keinen Schadensersatz fordern (§§ 404, 405).

II. Der Beklagte gewinnt den Prozeß (sein Weigerungsgrund wird für erheblich erachtet).

1. Er gewinnt den Prozeß rechtskräftig. Der Beklagte hat die Wahl, den Vertrag zu erfüllen, jedoch nur so, wie es der Richter bestimmt hat, oder dann von dem Vertrage zurückzutreten. Ein Schadensersatz wird nicht gewährt (§§ 399—401).

2. Der Beklagte gewinnt den Prozeß in erster Instanz. Dann kann er von dem Vertrage zurücktreten, muß aber das bereits Erhaltene zurückgeben, alle gezogenen Nutzungen erstatten (§§ 406, 407).

III. Wird der Weigerungsgrund des Beklagten zum Teil für erheblich, zum Teil für unerheblich erachtet, bleibt grundsätzlich der Vertrag bestehen, jedoch kann der Richter bei einem Übergewicht der Schuld des einen Teils dem andern den Rücktritt vorbehalten (§§ 402, 403).

B. Sind Handlungen Hauptgegenstand des Vertrages, so kann derjenige, welcher behauptet, daß der andere nicht vertragsmäßig erfüllt habe, auf seine Gefahr von dem Vertrage zurücktreten (§ 408).

Stellt sich heraus,

1. daß seine Behauptung unrichtig gewesen, so muß er dem andern das volle Interesse leisten,

---

[1]) Streit herrscht darüber, wann die Rücktrittserklärung abgegeben werden muß. Über die verschiedenen Ansichten vgl. v. Rönne, zu §§ 404, 406.

2. daß seine Behauptung richtig gewesen, so muß der andere ihm den wirklichen Schaden, welcher bis zur Zeit des erklärten Rücktritts entstanden ist, ersetzen.

Von all diesen Bestimmungen ist besonders auffallend, daß derjenige, welcher in erster Instanz siegt, von dem Vertrage zurücktreten darf und so dem anderen Teil die höhere Instanz abschneiden kann.

Daß diese willkürliche Regelung in dem Rechtsbewußtsein des Volkes keinen Anklang fand, liegt auf der Hand. Man denke sich nur folgenden Fall.

Es klagt jemand auf Erfüllung eines Vertrages. Der Beklagte verweigert die Erfüllung. Die erste Instanz sieht den Weigerungsgrund für erheblich an und weist den Kläger mit der Klage ab. Der Beklagte tritt dann nach Erlaß des Urteils vom Vertrage zurück. Wir wollen unterstellen, daß das Urteil erster Instanz verfehlt war.

Auf diese Weise hätte der Beklagte, obwohl er im Verzuge ist, seinen Zweck erreicht, und dem Kläger wäre die zweite Instanz abgeschnitten[1]).

Obendrein war auch noch, da das Gesetz keinen Aufschluß darüber gab, die Frage heiß umstritten, bis zu welcher Zeit der Zurücktretende den Rücktritt erklären müsse; die einen meinen nach Erlaß des ersten Urteils, andere unmittelbar nach Anmeldung der Appellation oder spätestens in der Beantwortung der Berufung[2]).

Es ist erklärlich, daß bei diesem Schwanken der Theorie die Praxis es ängstlich vermieden hat, diese Bestimmungen anzuwenden, so daß sie eigentlich „tote Buchstaben"[3]) geblieben sind.

Von verschiedenen Seiten[4]) wurde daher empfohlen und selbst von dem Justizministerium erwogen, diese Bestimmungen aus dem

---

[1]) Vgl. die von den Gesetzesrevisoren mitgeteilte interessante Entscheidung des Ober-Tribunals (Ges.-Rev.-Pens. XIV, Mot. zu 5, S. 143).

[2]) Über die verschiedenen Ansichten vgl. Dr. Ludwig v. Rönne, Bd. I, S. 295, Anm. zu §§ 404, 406.

[3]) Pfützenreuter, a. a. O., S. 1151; vgl. v. Kamptzs Jahrb., Bd. 2, S. 85 ff.

[4]) Schlegtendal, in Jahrb. f. die preuß. Gesetzgebung, Rechtswissensch. und Rechtsverw. von Kamptz, Bd. 4, S. 268, 272.

Allgemeinen Landrecht ganz zu streichen. Man nahm aber Abstand davon, weil dieselben in das ganze System des Gesetzbuchs eingreifen, besonders § 232 I, 11, 21, § 391 darauf Bezug genommen wird[1]).

Allmählich hat die Praxis diese bedenklichen Bestimmungen der §§ 396, I, 5 ff. in anderem Sinne ausgelegt. Sie schnitt dem unterliegenden Teil, entgegen dem Wortlaut der §§ 404, 406, I, 5 die höhere Instanz nicht gänzlich ab. Wenn der Sieger nach Erlaß des Urteils den Rücktritt erklärte, der unterliegende Teil damit aber nicht einverstanden war, mußte der Sieger in der Appellationsinstanz vielmehr den Antrag stellen, daß ihm in dem Appellationsurteil die Befugnis, von dem Vertrage zurückzutreten, zugesprochen werde. Gegen dieses Urteil stand dann bei vorhandener Revisionsfähigkeit der Sache beiden Teilen die Revision zu[2]). Damit war allerdings wieder der eigentliche Zweck der Bestimmungen, die Prozesse zu vermindern und schon dem ersten Urteil eine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen, verfehlt.

Nach alledem müssen die Rücktrittsbestimmungen des Allgemeinen Landrechts bei Verträgen über Sachen und Rechte als verfehlt und unpraktisch bezeichnet werden. Der Hauptfehler lag schon darin, daß die Berechtigung zum Rücktritt erst von einem richterlichen Ausspruch abhängig war. Dem vertragstreuen Teil, der wegen Säumnis seines Gegenkontrahenten schnell von dem Vertrage loskommen wollte, war mit diesem umständlichen Verfahren nicht recht geholfen.

Weiter ist das Allgemeine Landrecht gegangen bei den Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind. In diesem Falle kann jeder Teil, der seiner Sache gewiß ist, voll Vertrauen auf die Gerechtigkeit, ohne irgend einen Grund anzugeben[3]), von dem Vertrage zurücktreten. Der Rücktritt ist also sofort erlaubt, und der Zurücktretende kann nie zur Erfüllung, sondern nur zur Entschädigung angehalten werden.

---

[1]) Eine Verteidigung der §§ 393 ff. findet sich in dem prakt. Kommentar zum ALR. von Dr. Bielitz, I. Bd., S. 736 ff.

[2]) Vgl. von Strombeck, Ergänzungen des ALR., Bd. I, S. 131; a. M. Pfützenreuter, S. 1190.

[3]) Vgl. Striethorst, Bd. 60, S. 252.

Diese Bestimmung erklärt sich einmal daraus, daß sich die Arbeiten in der vertragsmäßigen Art von dem säumigen Arbeiter doch nicht erzwingen lassen und ein solcher Zwang auch gar nicht im Interesse des Bestellers läge. Außerdem entspringt sie der dem Leben entsprechenden Erwägung, daß es keinen Zweck hat, dem Besteller eine Arbeit aufzudrängen, die ihm nicht genehm ist, wenn er nur den Arbeiter voll entschädigt[1]).

Besondere Rücktrittsbestimmungen.

Daß diese allgemeine Regelung des Rücktrittsrechts den Forderungen des Verkehrs nicht genügte, erkennen wir am deutlichsten daran, daß das Allgemeine Landrecht gerade bei den wichtigsten gegenseitigen Verträgen wie bei Kauf und Miete Ausnahmebestimmungen geschaffen hat.

I. Kauf.

1. Der Verkäufer darf zurücktreten:

a) beim Kauf beweglicher Sachen unter 50 Talern, wenn die zur Abholung bestimmte Frist verflossen ist (§ 229, I, 11).

b) wenn der Käufer bei der Übergabe der Ware Zahlung versprochen hat, aber nicht leistet (§ 230, I, 11).

2. Der Käufer darf zurücktreten:

a) wenn der Verkäufer sich verpflichtet hat, eine bestimmte Zahl, Maß oder Gewicht zu liefern, diese aber nicht zur rechten Zeit beschaffen kann[2]),

b) wenn er die Sache übergeben hat und er binnen acht Tagen klagt; sonst ist das Kaufgeld für kreditiert zu erachten.

---

[1]) Gruch., Beitr., Bd. 3, S. 154; Arch. f. Rechtsfälle, Bd. 20, S. 240. — Auch hier boten sich dann Schwierigkeiten, wenn die Verbindlichkeit des einen Kontrahenten zum Teil aus Leistungen und zum Teil aus Handlungen bestand, da es dann zweifelhaft sein konnte, ob ein Vertrag über Sachen und Rechte oder über Handlungen vorlag. Vgl. Striethorst, Bd. 71; E. d. ROHG., Bd. I, S. 223, Nr. 66; Gruch., Beitr., Bd. 12, S. 858.

[2]) §§ 207 ff.

II. Miete und Pacht.

Der Vermieter und Verpächter darf von dem Miet- resp. Pachtvertrage zurücktreten, wenn der Mieter resp. Pächter mit zwei Zahlungsterminen im Rückstande ist[1]). Der Mieter bzw. Pächter dagegen, wenn ihm die Mietsache nicht in brauchbarem Zustande überliefert wird[2]).

Rückblick.

Das Allgemeine Landrecht hat also noch kein allgemeines Rücktrittsprinzip aufgestellt, vielmehr bedenkliche Bestimmungen geschaffen, die bei den wichtigsten Verträgen wieder von vielen Ausnahmen durchbrochen sind. Die ganze Theorie ist verwickelt, unklar und unpraktisch[3]).

Das Streben des Allgemeinen Landrechts ging dahin, dem Manne aus dem Volke wie dem Richter auf alles Auskunft zu geben, was er zu wissen wünschte, und alle erdenklichen evtl. vorkommenden Fälle zu regeln. Dies ist dem Allgemeinen Landrecht nicht gelungen und konnte ihm auch gar nicht gelingen. Der moderne Verkehr schafft so unendlich viele verschiedene Vertragsgebilde, daß sie sich unmöglich alle durch spezielle Bestimmungen regeln lassen.

Von einem ganz anderen Gesichtspunkte ging Portalis[4]), der Hauptredaktor des Code civil, aus. Er hebt in seinem „discours préliminaire" mit Recht hervor, daß es Aufgabe des Gesetzes sei, „nicht in die Einzelheiten der Fragen sich zu verlieren, sondern in großen Zügen die allgemeinen Rechtsgrundsätze darzustellen, folgenreiche Prinzipien aufzustellen und den Rechtsgelehrten wie den Richtern, welche den Geist der Gesetze

[1]) T. I, Tit. XXI, § 297.

[2]) Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 393, I, 5 ff. Anwendung. — Andere Rücktrittsrechte finden wir beim Werkvertrage (§ 938, I, 11), Verlagsvertrage (§ 1001, I, 11), Dienstvertrage (§§ 48, 49, II, 5), Rentenverkauf (§ 330, I, 11), Leibrentenkauf (§ 647, I, 11), Erbzinsvertrag (§ 772, I, 18).

[3]) Koch, Lehrb. Pr. Pr.-R., Bd. II, S. 231, Nr. 10.

[4]) Stölzel, Brandenburg-preußische Rechtsverw. und Rechtsverf., Bd. II, S. 719.

durchdringen, die Sorge für die richtige Anwendung zu überlassen".

Der „französische Suarez", wie Stölzel ihn nennt, hat Recht behalten, denn wie wir sehen werden, hat sich der Code civil, dessen Stellungnahme zur Frage des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen im folgenden Kapitel behandelt werden soll, von jeder Kasuistik freigehalten, und er verdankt es nicht zum wenigsten gerade diesem Umstande, daß er sich so weit über die Grenzen seines ursprünglichen Herrschaftsgebietes ausgedehnt und auch behauptet hat, während das Allgemeine Landrecht sich dessen nicht rühmen konnte und sich gar bald, auch gerade bezüglich der Rücktrittsbestimmungen, als sehr reformbedürftig erwies.

§ 7. Französisches Recht.

Einen gänzlich anderen Standpunkt als das Allgemeine Landrecht vertrat, wie schon eben angedeutet, der Code civil, der mit Art. 1184 eine völlig neue Bahn in der Rechtsentwickelung des Leistungsverzuges bei gegenseitigen Verträgen brach.

Art. 1184: „La condition résolutoire est toujour sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie, envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

Das französische Recht geht also davon aus, daß jeder gegenseitige Vertrag unter der stillschweigenden auflösenden Bedingung[1]) geschlossen sei, daß beide Kontrahenten ihre Vertragsverpflichtungen erfüllen. Es ist gewissermaßen in jeden gegenseitigen Vertrag eine lex commissoria eingefügt, durch welche die Parteien übereinkommen, daß der Vertrag aufgelöst sein soll, falls einer von ihnen seine Verpflichtungen nicht erfüllt.

---

[1]) Von der auflösenden Bedingung wird im französischen Recht überhaupt viel Gebrauch gemacht, vgl. Art. 1183, 963; Art. 1184, 1610, 1654, 1729, 1741, 1752, 1764, 1766, 954, 1046, 2037; Zachariä-Lingenthal, Bd. I, S. 346.

Damit hat der Code civil, wie Crome[1]) hervorhebt, den Grundsatz ausgesprochen, daß niemand im Austauschverkehr der Zahlungssicherheit seines Partners trauen könne, ein Grundsatz, aus dem deutlich das Mißtrauen in die menschliche Redlichkeit spricht, welches den Code civil überhaupt kennzeichnet.

Nach dem Wortlaut des Art. 1184 wird nicht Verzug des Schuldners als Voraussetzung für die Auflösung gefordert, sondern es genügt lediglich die Tatsache der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung, um dem vertragstreuen Teil die Wahl zwischen Erfüllung und Rücktritt nebst Schadensersatz zu gewähren.

Es ist eigentlich nicht korrekt, wenn der Code civil von einer condition résolutoire spricht; denn die Wirkungen der gewöhnlichen auflösenden Bedingung sind doch andere als die in Art. 1184 festgesetzten. Bei der Resolutivbedingung kann sich jede Partei auf dieselbe berufen, während die in Art. 1184 fingierte Klausel nur zu Gunsten einer, nämlich der vertragstreuen Partei, wirkt. Auch muß hier die Auflösung durch den Richter ausgesprochen werden, während mit dem Eintritt der gewöhnlichen auflösenden Bedingung der frühere Rechtszustand von selbst wieder hergestellt wird. Schließlich gewährt der Art. 1184 neben der Auflösung des Vertrages noch einen Schadensersatzanspruch, der bei einer auflösenden Bedingung nicht denkbar ist[2]).

Dieses Rücktrittsrecht des Art. 1184 ist aber nicht eine Neuschöpfung des Code civil, es hatte sich vielmehr schon lange in der Praxis der Parlamente[3]) bewährt.

Als das römische Recht in Frankreich seinen Einzug hielt, hatte man kein Verständnis für die eigentümliche Konstruktion der gegenseitigen Verträge, bei welchen sich die Leistungen völlig unabhängig einander gegenüberstanden. Schon seit frühen Zeiten sahen die Franzosen den wichtigsten gegenseitigen Vertrag, den Kauf, als ein auf Eigentumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft

---

[1]) Crome, Die Grundlehren des franz. Oblig.-Rechts, § 16, IV, Anmerkung 34, S. 166.

[2]) Dimitresco, S. 102.

[3]) Demolombe, Cours de code Napoléon, Bd. 25. Traité des contrats, Nr. 489, S. 460.

an. Ihnen erschien die Übertragung der Gewere als das Entscheidende[1]). Keiner der Vertragschließenden war gebunden, bevor nicht der Kaufpreis bezahlt oder die Gewere übertragen worden war.

Es ist daher kein Wunder, daß die Franzosen die Konstruktion der römischen Bilateralkontrakte nicht in ihr Recht übernommen haben. Übernommen haben sie lediglich die bindende Kraft des Konsenses, des Leistungsversprechens, ohne aber die Abhängigkeit der Leistungen aufzugeben.

So kam es, daß die Parlamente zunächst beim Kauf und dann aus Gründen der Billigkeit bei allen gegenseitigen Verträgen die stillschweigende auflösende Bedingung aufgenommen haben, parce que, wie Pothier[2]) sagt, le plus souvent l'on ne peut, sans de grands frais, se faire payer de ses débiteurs.

Die Parlamente scheuten sich aber, dieser stillschweigenden auflösenden Bedingung dieselben starken Wirkungen wie der alten lex commissoria zu verleihen. Sie machten deshalb die Auflösung von einem Ausspruch des Richters abhängig. Dieser hat das Recht, trotz der begehrten Auflösung den Vertrag aufrecht zu erhalten und dem Schuldner noch eine Frist zur nachträglichen Erfüllung zu bestimmen, falls nicht der Fall derart liegt, daß dem Gläubiger die Annahme nicht mehr zuzumuten ist. Erst nach Ablauf dieser Frist kann die Auflösung ausgesprochen werden[3]).

Aus solchen praktischen Erwägungen heraus ist das französische Auflösungsrecht entstanden, das dann in Art. 1184 legislatorische Billigung gefunden hat.

Einige Schriftsteller versuchen es aber auch auf eine juristische Basis zu gründen. So gehen Demolombe[4]) und Larombière[5]) davon aus, daß jede Obligation die Ursache für die andere sei.

---

[1]) Lehmann, S. 56 ff.; Warnkönig-Stein, Französische Staats- und Rechtsgesch., II, S. 562 ff.; Lasker, S. 53.

[2]) Laurent, Principes de droit civil, Bd. 17, Nr. 122, S. 136.

[3]) Nach der neueren Praxis kann aber der Richter die Bestimmung der Frist und den evtl. Ausspruch der Folgen in einem Urteil vereinigen. Vgl. Crome, Grundlehren, § 16, Anm. 12, S. 160.

[4]) Demolombe, a. a. O., Bd. 25, Nr. 489, S. 461.

[5]) Larombière, Bd. 2, zu Art. 1184, Nr. 1.

Wenn daher die eine nicht entstehe, entbehre die andere der Ursache, mithin müsse der Vertrag aufgelöst werden. Demolombe sagt: „Dans les contrats synallagmatiques l'obligation de l'une des parties étant la cause de l'obligation de l'autre il en résulte que si l'une d'elles ne remplit pas son obligation, l'obligation de l'autre cesse, par cela même d'avoir une cause“ [1]).

Aus dieser Theorie heraus folgern sie auch, daß es einerlei sei, warum der Vertrag von dem Schuldner nicht erfüllt werde. Nach ihrer Ansicht ist also nicht Verzug des Schuldners erforderlich, sondern es genügt die objektive Verzögerung resp. Nichterfüllung, um den Vertrag zur Auflösung zu bringen. Dies ist auch die herrschende Ansicht in Theorie und Praxis.

Trotzdem gibt es einzelne hervorragende Juristen, wie Saleilles [2]), Baudry et Barde 2c., welche sich derselben nicht anschließen, sondern nachzuweisen versuchen, daß der Gesetzgeber dem Gläubiger die Rechte aus Art. 1184 nur bei Verzug des Schuldners habe geben wollen.

Ihre Gründe sind nicht von der Hand zu weisen. Sie berufen sich zunächst auf den Wortlaut des Artikels, der ihrer Deutung in keiner Weise entgegenstehe. Da heißt es, daß die stillschweigende auflösende Bedingung eintritt, wenn eine der Parteien „ne satisfera point à son engagement“. Wenn nun der Schuldner durch höhere Gewalt oder zufälligen Untergang verhindert wird, seine Leistung zu bewirken, könne man nicht sagen, daß er seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Ferner schließen sie daraus, daß dem vertragstreuen Teil gestattet ist, den andern zur Erfüllung zu zwingen, ou d'en demander la résolution avec dommages intérêts, dem Gesetzgeber müsse bei Abfassung des Art. 1184 eine Verschuldensidee vorgeschwebt haben. Sie kommen zu diesem Schluß auf folgendem Wege: Da der Gesetzgeber ganz allgemein neben dem Rücktritt noch einen Schadensersatzanspruch gewähre, letzterer aber nur auf ein Verschulden gestützt werden könne,

[1]) Hierbei ist übersehen, daß bei einem gegenseitigen Vertrage jede Partei leisten muß, weil sie nach dem Vertrage verpflichtet ist, nicht bloß um der Gegenleistung willen.

[2]) Saleilles, Raymond: Essai d'une théorie de l'obligation d'après le projet de code civil allemand, Nr. 190 ff.; Dimitresco.

setze auch das Rücktrittsrecht des Art. 1184 ein Verschulden des Schuldners voraus.

Für diese Ansicht spricht auch der Umstand, daß dem Richter freier Spielraum gelassen ist, ob er sofort die Auflösung aussprechen oder dem Schuldner noch eine Frist zur nachträglichen Erfüllung setzen will. Bei dieser Erwägung wird er doch nicht nur zu prüfen haben, ob die Leistung für den Gläubiger noch Interesse hat, sondern auch, ob dem Schuldner besondere Entschuldigungsgründe für die Verzögerung seiner Leistung zur Seite stehen[1]).

Nach der herrschenden Ansicht ist aber, wie schon oben erwähnt, Verzug des Schuldners zur Geltendmachung der in Art. 1184 gewährten Rechte nicht erforderlich.

Diese weitgehende Bestimmung des Art. 1184 erscheint allerdings auf den ersten Blick sehr bedenklich. Ihre vernünftige Anwendung sucht man aber dadurch zu sichern, daß man die Geltendmachung dieses Rücktrittsrechts eben dem Richter[2]) überlassen hat, der nach seinem freien Ermessen dem Schuldner noch eine Frist zur nachträglichen Erfüllung setzen kann. Naturgemäß wird der Richter nicht wegen jedes unbedeutenden Mangels der Erfüllung den Vertrag auflösen, sondern nur dann, wenn eine erhebliche Nichterfüllung der Verpflichtung in Frage kommt. Eine solche wird gewöhnlich dann vorliegen, wenn anzunehmen ist, daß der Gegenkontrahent den Vertrag nicht geschlossen hätte, wenn er den Mangel der Erfüllung vorausgesehen hätte[3]). Andererseits aber ist nicht zu verkennen, daß gerade dadurch, daß die Auflösung im Wege der Klage geltend gemacht werden muß, also in die Hand des Richters gelegt ist, das Verfahren ein umständliches und langwieriges wird, sodaß die dem Gläubiger gewährten Rechte eine erhebliche Einbuße erleiden.

Aber auch sonst noch sind die Härten, welche sich aus den Bestimmungen des Art. 1184 ergeben, in der Praxis erheblich gemildert worden, indem man den Sinn des Artikels einschränkte.

---

[1]) Crome, Grundlehren, § 16, III, S. 165.

[2]) Zachariä, Handbuch, Bd. II, S. 232; Demolombe, a. a. O., Bd. 26, Nr. 513, S. 480; Laurent, Principes, Nr. 135, S. 151.

[3]) RG. 1, 217; Puchelt, Zeitschrift, Bd. 15, S. 94.

Wie wir gesehen haben, hat der vertragstreue Teil ohne Einschränkung die Wahl, entweder Erfüllung oder Auflösung des Vertrages nebst Schadensersatz zu verlangen. Diesen Schadensersatzanspruch neben dem Rücktrittsrecht spricht die französische Praxis in ständiger Rechtsprechung dem Gläubiger aber nur dann zu, wenn sich aus dem Prozeß ergibt, daß eine culpa des säumigen Schuldners vorliegt.

Daß der Code civil überhaupt neben dem Rücktrittsrecht noch einen Schadensersatzanspruch gewährt, hält Regelsberger[1]) für keinen glücklichen Griff des Gesetzgebers, und er ist der Ansicht, daß diese Bestimmung „vor dem Richterstuhl der juristischen Logik" nicht bestehen könne. Theoretisch schließen sich allerdings Rücktritt und Schadensersatz aus[2]), aber einen Verstoß gegen die juristische Logik wird man in dieser Bestimmung nicht erblicken können (vgl. weiter unten S. 59 ff.).

Bedenklich ist, daß im französischen Recht, welches von einer dem Vertrage beigefügten Resolutivbedingung ausgeht, die durch den Richter ausgesprochene Auflösung des Vertrages dingliche Wirkungen[3]) hat. Man nimmt an, daß der Schuldner niemals Eigentum erworben hat, mithin alle Veräußerungen und Verfügungen seinerseits über die Sache ungültig seien. Wenn der Käufer eines Grundstücks den Kaufpreis nicht zahlt, kann der Verkäufer die Klage auf Auflösung gegen den Käufer und zugleich gegen den dritten Besitzer des Grundstücks anstellen.

Nun spielt Art. 1184 C. c. gerade im Immobiliarverkehr eine große Rolle. Daß diese Bestimmungen zu wirtschaftlichen Mißständen führen, insbesondere die Sicherheit des Grundeigentums auf das empfindlichste gefährden mußte, liegt auf der Hand. Aus dieser Erwägung heraus ist später die Härte dieses Prinzips durch den Art. 7 des Transskriptionsgesetzes vom 23. März 1855 ein wenig gemildert[4]) worden, welcher die Ausübung des Auf-

---

1) Regelsberger, Archiv ziv. Praxis, 50, 31.

2) Vgl. weiter oben S. 5 ff.

3) Laurent, a.a.O., Bd. XVII, Nr. 145—149, S. 159—164, bestreitet dies.

4) Bei Mobilien schützt der Grundsatz des französischen Rechts „en fait de meubles la possession vaut titre" (Art. 2279); Laurent, Bd. XVII, Nr. 147, S. 161; Lehmann, 15; Schindler, S. 47.

lösungsrechts gegen Dritte von dem Bestand des Kaufpreisprivilegiums abhängig macht, mithin diesem unterordnet[1]). Im Falle des Erlöschens des Privilegiums erlischt auch die Auflösungsklage des Art. 1184 gegen Dritte.

Hervorzuheben ist schließlich noch, daß Art. 1184 keineswegs die Parteien zwingt, die Auflösung des Vertrages unbedingt durch den Richter aussprechen zu lassen[2]). Dies ist allerdings das Hauptprinzip; es ist aber auch eine gütliche Lösung ohne Anrufung des Richters möglich, die in der Praxis gar nicht so selten vorkommt. Wenn die Partei, welche nicht rechtzeitig erfüllt, dem Rücktritt des Gegenkontrahenten beistimmt — und das wird meist der Fall sein, wenn sich der säumige Teil einer Schuld bewußt ist —, dann wirkt die Rücktrittserklärung des Gläubigers im Verein mit der Zustimmung des Schuldners ebenso wie ein Urteil des Richters[3]). Auf diese Weise ist dann dem Gläubiger schnell geholfen, ohne daß er erst den Ausgang eines eventuell langwierigen Prozesses abzuwarten braucht.

Wir sehen also, daß die Bestimmungen des Art. 1184 C. c., welche auf den ersten Blick sehr bedenklich und zu weitgehend erscheinen, in der Praxis eine maßvolle und zweckentsprechende Auslegung gefunden haben. Sie haben sich in der Praxis seit Jahrhunderten bewährt, und welch großen Einfluß sie auch auf die Entwickelung unseres Rücktrittsrechts ausgeübt haben, wird noch aus den folgenden Ausführungen zur Genüge hervorgehen.

§ 8. Einzelne andere Kodifikationen und Entwürfe.

Ganz kurz muß auf die Bestimmungen einzelner Gesetzbücher resp. Entwürfe eingegangen werden, die bei den Beratungen über das Bürgerliche Gesetzbuch mit in den Kreis der Erörterungen

---

[1]) Zachariä, a. a. O., Bd. I, § 124, Anm. 1, S. 349; Crome, Grundl., § 16, IV, S. 168.

[2]) Demolombe, a. a. O., Bd. 25, Nr. 518, S. 484—487.

[3]) Demolombe, Bd. 25, Nr. 518, S. 485; Zachariä, a. a. O., II, § 282, Anm. 35, S. 265; vgl. auch Laurent, Bd. 24, 371.

gezogen wurden und somit den Entwickelungsgang unseres Rücktrittsrechtes mit beeinflußt haben[1]).

1. Das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 919 (zweiter Teil, 17. Hauptstück):

> „Wenn ein Teil den Vertrag entweder gar nicht oder nicht zu der gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte oder auf die bedungene Weise erfüllt, so ist der andere Teil außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen oder einem ausdrücklichen Vorbehalte nicht berechtigt, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern."

2. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch von Sachsen (1863) gestattet nicht „einseitig vom Vertrage zurückzutreten und dessen Erfüllung zu verweigern, weil der Gegner noch nicht erfüllt hat, oder . . . ."

3. Der Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts bestimmt in Art. 155:

> „Beobachtet ein Vertragschließender die ihm obliegende Sorgfalt nicht und erfüllt er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig, so kann der andere Teil auf gehörige Erfüllung und auf Schadensersatz klagen. Er ist nicht berechtigt, einseitig vom Vertrage zurückzutreten, wenn nicht durch besondere Vereinbarung oder gesetzliche Vorschrift etwas anderes bestimmt ist."

4. Einen freieren Standpunkt vertritt das schweizerische Obligationenrecht[2]) (1883), das in Art. 122 für den Fall, daß der eine Teil in Verzug kommt, den anderen berechtigt, eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst ist.

---

[1]) Vgl. z. B. Prot. d. Kommiss. f. d. 2. Les. d. Entw. d. BGB.

[2]) Über das neue „Bundesgesetz, betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (5. Teil, Obligationenrecht) vom 30. März 1911, welches am 1. Januar 1912 in Kraft getreten ist, vgl. weiter unten S. 61 ff.

§ 9. Handelsrecht.

Einen Markstein in der Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts bildet das alte Handelsgesetzbuch vom Jahre 1861, welches sich als erstes von den engen Anschauungen des gemeinen Rechts losrang. Es war nicht zu verwundern, daß gerade das Handelsgesetzbuch diesen bedeutsamen Fortschritt machte. Denn gerade im Handel ist die Beobachtung von Treu und Glauben und somit die prompte Erfüllung aller Verbindlichkeiten die Vorbedingung für die Entwickelung eines gedeihlichen Verkehrs. Der Kaufmann, der Fabrikant richtet seine Geschäfte gewöhnlich so ein, daß er hier Verträge abschließt und dort andere daran knüpft. Er muß daher „wie ein Feldherr auf das rechtzeitige Eintreffen seines Materials zählen können, um den seinerseits eingegangenen Verbindlichkeiten zu genügen, und damit das Gewerbe und die Arbeit nicht ins Stocken gerate"[1]).

Nach dem Grundsatz des gemeinen Rechts war aber der vertragstreue Teil bei gegenseitigen Verträgen nicht genügend geschützt, das hatte man auf dem Gebiete des Handelsrechts schon lange anerkannt[2]). Man suchte nach Bestimmungen, die den Bedürfnissen des Handels und Verkehrs besser gerecht wurden, und erblickte in dem Art. 1184 des C. c. ein gutes Vorbild. So ist es zu erklären, daß diese Bestimmungen fast ganz unverändert in den preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, der bekanntlich zur Grundlage für den Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches gewählt wurde, übernommen worden sind[3]).

Artikel 250 (preuß. Entw.) bestimmt nämlich:

> „Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, welcher von seiten eines oder von seiten beider Teile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist, oder nicht vertragsmäßig erfüllt, so hat der andere Teil die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten

---

[1]) **Regelsberger**, Arch. ziv. Prax., 50, 34.

[2]) Vgl. Prot. d. Kommiss. zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB., S. 595, vgl. auch Mot. zum preuß. Entw. eines HGB., S. 130.

[3]) Prot., S. 595.

Erfüllung anzuhalten oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern."

Art. 251 Abs. 2 sagt dann weiter:

„Wird der Vertrag aufgehoben, so hat jeder Teil dem andern das bereits Geleistete zurückzugewähren; es tritt das Verhältnis ein, als wenn dem Vertrage eine auflösende Bedingung beigefügt gewesen wäre."

Die einzige Abweichung dieses Entwurfs vom Code civil besteht also nur darin, daß ersterer die genannten Rechte nicht schlechtweg bei allen gegenseitigen Verträgen gewährt, sondern nur bei denjenigen, welche auf seiten eines oder beider Teile Handelsgeschäfte sind, und zweitens, daß der preußische Entwurf die Gewährung einer Frist nicht vorschreibt.

Nachdem in der 66. Sitzung (am 14. Mai 1857) zu Nürnberg[1]) über diese Artikel diskutiert worden war, wurde der Antrag, diese weitgehenden Bestimmungen zu streichen, mit großer Stimmenmehrheit (12 gegen 3 Stimmen) angenommen und auch die vorläufige Streichung des ganzen 5. Abschnittes beschlossen.

So hatte also die Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches die weitgehenden, dem französischen Recht entlehnten, Bestimmungen verworfen. Jedoch konnte sie die Forderungen des Handels und Verkehrs nicht ganz unberücksichtigt lassen und schuf deshalb wenigstens für den wichtigsten der gegenseitigen Verträge, den Kauf, in den Art. 354—356[2]) zweckmäßige Bestimmungen, die dann auf die weitere Entwickelung des Rücktrittsrechts im BGB. von großem Einfluß waren.

Der Art. 354 bestimmt die Rechte des Verkäufers beim Zahlungsverzuge des Käufers (wenn die Ware nicht übergeben ist), Art. 354 die des Käufers, wenn der Verkäufer mit der Übergabe der Ware in Verzug kommt.

Daß Art. 354 voraussetzt, daß die Ware noch nicht übergeben ist, ist darauf zurückzuführen, daß der Käufer nach Übergabe

---

[1]) Prot., S. 592.

[2]) Über die Vorgeschichte dieser Artikel vgl. Brauer, in Arch. f. Theorie und Praxis des allgemeinen dtsch. Handelsr., Bd. 13, S. 384. Vgl. auch Anschütz-Völderndorff, Komm. z. HGB., S. 319—331; vgl. Hahn, Komm., S. 263.

der Ware häufig selbst anderweitig über dieselbe verfügt, sich also eine Auflösung des Vertrages unter Rückgabe der empfangenen Leistungen nur schwer ermöglichen lassen würde.

Beide Teile, Käufer wie Verkäufer, haben demnach die Wahl:

1. Erfüllung des Vertrages nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung,
2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen,
3. von dem Vertrage abzugehen, als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Art. 354 A.HGB. schreibt jedoch dem nichtsäumigen Verkäufer, falls er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, eine besondere Art der Schadensberechnung vor. Er konnte seinen Schaden nur in der Weise geltend machen, daß er die Ware unter Beobachtung der Bestimmungen des Artikel 343 für Rechnung des säumigen Käufers, d. h. also nur nach vorgängiger Androhung in der dort bezeichneten Weise verkaufen ließ. Der Schaden des Verkäufers besteht hier in der Differenz zwischen dem Erlöse des Selbsthilfeverkaufs abzüglich der Unkosten und dem Kaufpreise. Übersteigt aber der Erlös den ursprünglichen Kaufpreis, so steht dieser Überschuß dem Käufer und nicht dem Verkäufer zu. Nur auf Grund dieser konkreten Schadensersatzberechnung darf der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[1]).

War nun die verkaufte Ware in der Zwischenzeit gefallen, also der Preis zur Zeit des Verkaufs ein höherer, so wird der Verkäufer natürlich nicht den Rücktritt vom Vertrage wählen, sondern lieber die Sache für Rechnung des Käufers verkaufen und dann die Differenz zwischen dem Nettoerlös und Verkaufspreis vom säumigen Käufer verlangen. Das Rücktrittsrecht wird für den Verkäufer nur im Falle fehlgeschlagener Spekulation in Frage kommen. Gehen nach dem Abschluß des Vertrages wider sein Erwarten die Preise in die Höhe, wird er beim Verzuge des Käufers den Rücktritt wählen, um die Ware dann bei passender günstiger Gelegenheit selbst zu verkaufen.

---

[1]) **Brauer**, a. a. O., S. 375.

Der Käufer kann den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen, ohne vorher einen Deckungskauf vornehmen zu müssen. Er kann den Schaden abstrakt berechnen. Auch der Käufer, der doch auf ein Steigen der Kurse spekuliert, wird den Rücktritt nur im Falle fehlgeschlagener Spekulation wählen, da er dann die durch den Preissturz entstandene Wertminderung der Ware auf den Verkäufer abwälzen kann.

Allerdings hat man gerade deswegen gegen die weitgehenden Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuchs polemisiert, weil durch diese der nichtsäumige Kontrahent auf dem Rücken seines Gegners spekulieren könne[1]). Man muß jedoch berücksichtigen, daß eine solche Spekulation auf Kosten des Säumigen kaum praktisch werden kann, da derjenige, der das Wahlrecht ausüben will, dies dem andern Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren muß.

Ein nicht zu unterschätzendes Verdienst des A.HGB. ist es, daß es zum ersten Male in der Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts den Begriff desselben und den Unterschied zwischen diesem und dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auf den ich schon oben (S. 5—8) hingewiesen habe, festgelegt hat. Es wurde bei den Beratungen des Handelsgesetzbuchs ausdrücklich betont, daß bei dem Abgehen des Vertrages die Sache so anzusehen sei, als wenn der Vertrag gar nicht geschlossen wäre[2]). Das bereits Geleistete kann zurückgefordert werden, jedoch ist neben dem Rücktritt ein Schadensersatzanspruch[3]) ausgeschlossen, da ein solcher nur auf den Vertrag gegründet werden kann. Der Zurücktretende kann also nicht die durch die Säumnis des Gegners

---

[1]) Riesser, „Zur Revision des HGB., Beilageheft zu Bd. 33 d. Zeitschr. d. ges. Handelsr., S. 421; Pauli, Neues Archiv f. Handelsr., III, S. 178; Regelsberger, Archiv ziv. Prax., 50, 35.

[2]) Prot., S. 4594.

[3]) Baden hatte nämlich unter Nr. 361 zur 3. Lesung beantragt, dem Verkäufer auch im Falle des Rücktritts einen Schadensersatzanspruch zuzugestehen. Vgl. v. Kräwel, S. 471.

entstandenen Kosten, wie Mahn-, Transport- und Lagerkosten, beanspruchen[1]).

Der Verkauf der Ware für Rechnung des Käufers sei juristisch nicht, wie es im gewöhnlichen Leben häufig zu geschehen pflege, als ein Abgehen vom Vertrage anzusehen; dies Verfahren beruhe vielmehr gerade auf der Aufrechterhaltung des Vertrages. Das Rücktrittsrecht ist nicht, wie vielfach angenommen wurde, wirtschaftlich und rechtlich überflüssig. Richtig ist allerdings, daß in allen denjenigen Fällen, in denen keine Vertragspartei vorgeleistet hat, der wirtschaftliche Unterschied zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nur darin besteht, daß der Verkäufer im ersteren Falle einen Schadensersatz, im letzteren dagegen nichts erhält. Dieses Bild ändert sich aber, sobald ein Teil vorgeleistet hat, der ein berechtigtes Interesse haben kann, möglichst schnell und ohne Umstände durch Rücktritt vom Vertrage seine Vorleistung zurückzubekommen.

Erwähnt muß noch werden, wie das allgemeine deutsche HGB. den Fall regelte, wenn der Vertrag zum Teil erfüllt und ein Kontrahent mit dem nichterfüllten Teil in Verzug gerät (vgl. § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB.). In diesem Falle soll es nach Art. 359 A.HGB. von der Teilbarkeit der Vertragsleistungen abhängen, ob der vertragstreue Teil auf Grund der Art. 354 ff. von dem ganzen Vertrage oder nur von dem nichterfüllten Teil zurücktreten dürfe. Ob aber die Leistungen teilbar sind, soll sich „aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes" ergeben[2]). Dieser Artikel ist wörtlich dem Art. 255 des preußischen Entwurfs entnommen worden und hatte bei den verschiedenen Lesungen keine Änderung erfahren.

Das A.HGB. hat also die weitgehenden Vorschläge des preußischen Entwurfs, der sich eng an den Code civil anlehnte, nicht angenommen, aber wenigstens für den wichtigen Handels-

---

[1]) Prot., S. 4593; Staub, Komm. zu § 354, § 30, S. 926; ROHG., Bd. 17, S. 423.

[2]) Vgl. ROHG., Bd. 9, S. 340, Nr. 102; vgl. auch Endemann, Hdb. d. dtsch. Handelsr., II. Bd., S. 732.

kauf ausführliche Bestimmungen geschaffen, die zum Teil beschränkter, zum Teil noch weitgehender sind als die des Code civil. Es hat dem Käufer und Verkäufer wegen Verzuges des Gegenkontrahenten ein dreifaches Wahlrecht gegeben und für die schnelle Abwickelung des Verkehrs dadurch einen bedeutenden Fortschritt gemacht, daß es die Ausübung des Wahlrechts nicht mehr von richterlicher Entscheidung abhängig machte, sondern dem Berechtigten selbst durch einseitige Erklärung überließ. Es trat also an Stelle der früheren Auflösungsklage ein wirkliches Rücktrittsrecht.

So bewies sich das A.HGB. als ein „Pionier des Fortschritts"[1]) und wirkte bahnbrechend für die Befreiung von den engen Anschauungen des gemeinen Rechts. Daher ist es auch das Vorbild und die Lehrmeisterin geworden für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, dessen Stellungnahme in den einzelnen Entwürfen und dessen endgültige Regelung im folgenden dargetan werden soll.

§ 10. Bürgerliches Gesetzbuch.

I. Entwurf.

Es ist zu verwundern, daß der erste Entwurf sich noch nicht die brauchbaren Bestimmungen des A.HGB. und die praktischen Erfahrungen auf dem Gebiete des Code civil zunutze gemacht hat.

Der erste Entwurf lehnte sich nämlich im wesentlichen an den Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts und damit an das gemeine Recht an. Als seinen obersten Grundsatz stellte er in § 360 auf, daß, wenn ein Vertragschließender seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der andere deshalb nicht berechtigt ist, einseitig vom Vertrage abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein anderes bestimmt ist.

Einen besonderen Paragraphen über die Wirkungen des Schuldnerverzuges bei gegenseitigen Verträgen hatte der erste Entwurf noch nicht aufgestellt; er regelte diese vielmehr zusammen

[1]) Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, S. 14 und 64.

mit dem Fall der verschuldeten Unmöglichkeit der Schuldnerleistung und dem der „fiktiven Unmöglichkeit“[1]) (§ 243) in § 369:

„Ist die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, so hat der Gläubiger die Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder von dem Vertrage zurückzutreten. Ist die Leistung nur teilweise unmöglich geworden, so steht dem Gläubiger das Rücktrittsrecht nur dann zu, wenn der nicht unmöglich gewordene Teil der Leistung für ihn kein Interesse hat.

Das gleiche gilt in dem in § 243 bezeichneten Falle, sowie dann, wenn die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat.

Auf das Rücktrittsrecht finden die Vorschriften der §§ 426—431, 433 entsprechende Anwendung.“

Die ganze Regelung des ersten Entwurfs ist also auf dem gemeinrechtlichen Prinzip aufgebaut, daß nicht bei jeder Verletzung des Gläubigerrechts ein Rücktrittsrecht zu gewähren ist, sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Leistung für den Gläubiger überhaupt kein wirtschaftliches Interesse mehr hat.

Nur dann sieht der Entwurf beim Verzuge[2]) des Schuldners von dem Erfordernis der Nutzlosigkeit ab, wenn der Schuldner rechtskräftig verurteilt war und auch während einer ihm vom Gläubiger mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr wolle, gesetzte Nachfrist nicht erfüllt.

Der Entwurf sieht hier das Verschulden des vertragsbrüchigen Teils schon darin, daß er es überhaupt zu einem Prozeß, der dann zur Verurteilung und Fristsetzung führt, hat kommen lassen. Nicht erforderlich ist es, daß nach Ablauf der gesetzten Frist noch ein Verschulden des Säumigen vorliegt; dann wird die Leistung ebenso wie eine unmögliche behandelt.

Daß diese Regelung den Bedürfnissen des Verkehrslebens nicht entsprechen konnte, ist leicht einzusehen. Auch die Redaktoren

---

[1]) Vgl. Mot. z. Entw. d. BGB. f. d. Deutsche Reich, II, 210.

[2]) Es genügt nicht die objektive Tatsache der Nichterfüllung, sondern es muß ein subjektives Verschulden in der Person des Schuldners vorliegen.

des ersten Entwurfs hatten schon die Unzulänglichkeit dieser Verzugsvorschriften erkannt. Denn sie schufen bei fast allen gegenseitigen Verträgen Ausnahmen. So gab der erste Entwurf dem Vermieter resp. Verpächter das Recht, ohne Rücksicht darauf, ob die verzögerte Leistung noch ein Interesse für ihn hat oder nicht, vom Vertrage zurückzutreten, „wenn der Mieter resp. Pächter mit Entrichtung des Mietszinses oder eines Teiles desselben für zwei aufeinanderfolgende Termine sich im Verzuge befindet und den Vermieter resp. Verpächter wegen des Rückstandes nicht völlig befriedigt, bevor dieser den Rücktritt erklärt hat“ — und dem Mieter resp. Pächter, „wenn ihnen der vertragsmäßige Gebrauch ohne einen von ihnen zu vertretenden Umstand ganz oder zum Teil nicht oder nicht rechtzeitig verschafft wird“ (§§ 528, 529).

Ferner gestattete der Entwurf auch beim Dienstvertrage den Rücktritt, „wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falls den Rücktritt rechtfertigender Grund vorliegt“ (§ 566) und beim Werkvertrage sogar auch ohne das Erfordernis des Verzuges.

Die Bestimmung des § 369 kam demnach gerade bei den häufigsten Rechtsgeschäften, dem Kauf und Tausch, zur Anwendung, aber gerade bei diesen führte sie zu unbilligen Härten. Der Verkäufer wird an einer Geldleistung immer ein Interesse haben, und den Gegenbeweis erfolgreich zu führen, wird ihm nur schwer gelingen. Der Gläubiger wäre also gerade beim Kauf und Tausch, Geschäften, welche eine möglichst schnelle Abwickelung erfordern, auf den Weg des Prozesses angewiesen, um dann, nachdem er sich ein rechtskräftiges Urteil erstritten und eine Nachfrist gesetzt hat, endlich von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen zu können.

Daß diese Bestimmungen das geschäftliche Leben schwer schädigen mußten und die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens in keiner Weise befriedigen konnten, liegt auf der Hand. Der einzige Fortschritt, den der erste Entwurf gegenüber dem Handelsgesetzbuch aufzuweisen hat, ist der, daß dem Gläubiger bei allen gegenseitigen Verträgen infolge Verzuges das Wahlrecht eingeräumt wird. Dieser wird aber völlig bedeutungslos dadurch, daß die Ausübung dieses Wahlrechts von dem Nachweis des mangelnden Interesses abhängig gemacht wird.

Der Grund für diese reaktionäre Haltung des ersten Entwurfes ist, wie Saleilles[1]) richtig hervorhebt, darin zu finden, daß der erste Entwurf, geleitet von einem falschen Nationalgefühl, fremdes, besonders französisches Recht, das, wie wir oben gesehen, in Art. 1184 wirklich brauchbare Gedanken enthält, ausgeschaltet, überhaupt die bisherige geschichtliche Entwickelung des Rücktrittsrechts zu wenig berücksichtigt hat.

Aus dieser Abneigung gegen das französische Recht erklärte sich auch, daß der erste Entwurf dem Rücktrittsrecht nur eine indirekte Wirkung beilegte. Das Schuldverhältnis sollte durch den Rücktritt nicht völlig aufgehoben werden; es entstehe aus jenem, wie die Motive[2]) ausführen, nur eine selbständige, unverjährbare Einrede gegen den Vertragsanspruch und eine obligatio ad restituendum in integrum. Man wollte mit dieser Gestaltung dem bisherigen Rechtszustande, besonders dem Code civil (Art. 1184), der das Rücktrittsrecht in Verbindung mit der Resolutivbedingung gebracht hatte, entgegentreten. „Die Sicherheit des Verkehrs gebietet, die Konsequenz der Resolutivbedingung (ipso iure-Rückfall, dingliche Wirkung) fern zu halten.“

Der erste Entwurf, der im allgemeinen die Erwartungen nicht befriedigt und die Hoffnungen nicht erfüllt hat, mit welchen das deutsche Volk ihn begleitete, hat also auch besonders bezüglich der Regelung der Rücktrittsfrage bei gegenseitigen Verträgen versagt, da er den vom Handelsgesetzbuch und Code civil geebneten Weg nicht betreten hat.

Deshalb wurden auch bald Stimmen laut, die sich gegen den § 369 aussprachen und eine Änderung desselben verlangten.

Von den Bundesregierungen[3]) erklärten sich besonders Bayern, Sachsen und Baden mit diesem Paragraphen nicht einverstanden und wünschten einen engen Anschluß an das Handelsgesetzbuch. Sie stellten auch dementsprechende Anträge, welche besonders von

---

[1]) Saleilles, in Studien zur Erläuterung des BGB., 14. Heft, S. 124.

[2]) Bd. II, S. 281; Seuffert, Bl. f. Rechtsanw., Bd. 69, S. 65.

[3]) Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entw. eines BGB., Bd. I, S. 51, 52.

dem Erfordernis des mangelnden Interesses absehen und noch die Gewährung einer Nachfrist vorschlugen[1]).

Auch Kritiker sprachen sich dagegen aus, daß man die Geltendmachung der in § 369 enthaltenen Rechte von dem Nachweise der Nutzlosigkeit der Leistung abhängig mache.

Lehmann[2]) sagt: „Es ist zu beklagen, daß sich der erste Entwurf dem gemeinrechtlichen Prinzip angeschlossen hat, da man wahrlich nicht sagen kann, daß sich der gemeinrechtliche Grundsatz in der Praxis bewährt hat.“

Ganz besonders nimmt auch Hachenburg[3]) in den „Gutachten des Anwaltstandes über die erste Lesung des Entwurfes“ gegen den § 369 Stellung. Das ganze System, so führt er ungefähr aus, welches der erste Entwurf in § 369 aufgestellt habe, sei, weil durch so viele Ausnahmen durchbrochen, viel zu kompliziert. Hauptsächlich würden diese Bestimmungen für den Kauf und Tausch zur Anwendung kommen müssen, aber gerade da würden sie zu unbilligen Härten führen[4]). Wann es das Interesse des Gläubigers erfordere, zurückzutreten, meint Hachenburg, muß dieser selbst beurteilen. „Daß dies nur dann der Fall sein soll, wenn er die Leistung nicht mehr brauchen kann, heißt ihn bevormunden, heißt ihm vor allem eine Beweislast auflegen, die seine Lage verschlimmert.“

Diese kritischen Äußerungen, welche zu dem § 369, 2 des ersten Entwurfs laut geworden waren, verfehlten ihren Zweck nicht. Sie kamen dem zweiten Entwurf zugute.

II. Entwurf.

Der zweite Entwurf erkannte den Rückschritt seines Vorgängers gegenüber dem Handelsgesetzbuch und zog deshalb die Bestimmungen des letzteren und die des Code civil mehr in den Bereich der Erörterungen. Nachdem die Verzugsvorschriften des

---

1) Preußen hatte dem Entwurf des § 369 beigestimmt. Vgl. Bem. d. kgl. preuß. Justizministers zum Entw. eines BGB., S. 75 ff.

2) Lehmann, a. a. O., S. 5.

3) Hachenburg, in Adams Gutachten aus dem Anwaltsstande, S. 118.

4) Prot. I, S. 644 (Mugdan, S. 641).

I. Entwurfs (§ 369) verschiedentlich geändert worden waren, schuf man schließlich der Übersicht halber aus §§ 369, 369a und 369a 1 zwei Paragraphen, indem man die Fälle der verschuldeten Unmöglichkeit der Schuldnerleistung in dem § 276 und die des Verzuges in dem § 277 des Entwurfs II, 2 zusammenfaßte, welch letzterer lautete:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt die Leistung nicht innerhalb der Frist, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Ist die Leistung bei dem Ablaufe der Frist nur teilweise bewirkt, so findet die Vorschrift des § 276 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse mehr, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

Dieser § 277 (des Entwurfs IIa) ging dann mit einigen Änderungen, die, wie ein Vergleich mit dem oben S. 3 zitierten § 326 BGB. zeigt, nur redaktioneller Natur waren, in den Entwurf IIb als § 320 über und wurde in dieser Fassung auch dem Bundesrat und Reichstag vorgelegt. Beide gesetzgebende Faktoren nahmen an dem § 320 (E. IIb) keine Änderungen vor, so daß er als § 326 in derselben Fassung in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurde.

Die Macht des Gläubigers ist demnach im zweiten Entwurf bedeutend erhöht worden. Ihm steht beim Verzuge des Schuldners auch ohne den Nachweis des mangelnden Interesses an der verzögerten Leistung das Rücktrittsrecht zu, wenn er dem Schuldner noch eine angemessene Frist gestellt hat, mit der Bemerkung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne, und diese Frist fruchtlos verstrichen ist.

Damit geht das BGB. allerdings nicht so weit wie der Code civil, bei dem nicht Verzug des Schuldners erforderlich ist,

sondern schon die bloße Nichterfüllung genügt. Es übertrifft aber bei weitem den Code civil dadurch, daß es die Geltendmachung des Rücktrittsrechts nur von einer einfachen Erklärung des Gläubigers abhängig macht und diesem selbst überläßt, während der Code civil eine Auflösung durch den Richter verlangt, welcher auch nach eigenem Ermessen die Nachfrist zu bestimmen hat.

Das BGB. läßt überhaupt, wie Saleilles[1]) treffend hervorhebt, im Gegensatz zu den älteren Gesetzbüchern in vielen zweifelhaften Fällen, wo es sich darum handelt, gewisse Folgen eines Ereignisses eintreten zu lassen, sehr häufig den Parteiwillen wirksam werden. Es schaltet nach Möglichkeit die Tätigkeit des Richters aus, „um die Beteiligten selber zu den Vertretern ihrer Sonderinteressen zu machen und ihnen soviel wie möglich eine Art Vollstreckungsgewalt bei der Ausübung ihrer besonderen Rechte zu verleihen".

Auch bei der Fristbestimmung ist nach dem BGB. lediglich der Wille des Gläubigers maßgebend. Dieser ist nur insofern beschränkt, als der Gläubiger bei der Setzung der Nachfrist die durch § 242 BGB. gebotene Vertragstreue zu berücksichtigen hat, der es widersprechen würde, die Nachfrist in illoyaler Absicht zu bestimmen und als ein Mittel zu mißbrauchen, um von einem lästigen oder nachträglich ungünstigen Vertrage loszukommen[2]).

Bezüglich der Wirkungen des Rücktrittsrechts hat der zweite Entwurf den Standpunkt seines Vorgängers verlassen. Er verficht nicht mehr, wie der erste Entwurf, eine indirekte Wirkung, sondern eine direkte[3]). Durch den Rücktritt wird der Vertrag vollständig aufgelöst und so angesehen, als wenn er nicht geschlossen worden wäre. Es entsteht nicht etwa eine Einrede. Die Verpflichtungen aus dem gegenseitigen Vertrage fallen auf beiden Seiten fort. Der Rücktritt hat auch nach dem zweiten Entwurf nicht dingliche Wirkung, sondern erzeugt nur eine obligatorische Verpflichtung, die gewährten Leistungen zurückzuerstatten.

---

[1]) Saleilles, in Studien zur Erl. d. BGB., S. 42, 43.
[2]) RG. in JW. 1911, 92.
[3]) Prot. I, 787.

Für den Fall, daß der Schuldner seine Leistung nur teilweise nicht bewirkt hat, macht der Entwurf das Wahlrecht von der Voraussetzung abhängig, daß die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Zum ersten Male wird hier der Mangel des Interesses an der Erfüllung des Vertrages, nicht an der Leistung als maßgebend für die Geltendmachung der durch das Wahlrecht gewährten Rechte bezeichnet. Man hielt diese Änderung für nötig, da sich, wie schon oben erwähnt, der Mangel des Interesses an der Leistung oft gar nicht beweisen ließ. Der Gläubiger braucht nach dem zweiten Entwurf nicht mehr zu beweisen, daß er an der Bewirkung der Leistung des Säumigen kein Interesse habe, es genügt schon, wenn er nachweisen konnte, daß er an der Bewirkung seiner Leistung kein Interesse habe, m. a. W. ist jetzt nicht mehr die einseitige Schuldnerleistung allein, sondern die beiderseitige Erfüllung das Ausschlaggebende.

Um die Fortschritte des Bürgerlichen Gesetzbuchs kurz hervorzuheben, sollen im folgenden die Bestimmungen des § 326 zu den entsprechenden des alten Handelsgesetzbuches in Parallele gestellt werden. Die wichtigste Änderung des BGB. ist die, daß die Bestimmungen der Art. 354—356 A.HGB., welche nur für den Handelskauf getroffen waren, nunmehr auf alle gegenseitigen Verträge ausgedehnt sind.

Da diese Regelung in § 326 BGB. auch für den Handelskauf für geeignet erachtet wurde, sind die Art. 354—356 A.HGB. natürlich nicht in das neue Handelsgesetzbuch übergegangen. Demnach sind also nach neuem Recht die Befugnisse des Käufers und Verkäufers gleich[1]). Die Ausnahmestellung des Verkäufers ist aufgehoben; auch er kann seinen Schaden abstrakt und konkret berechnen. Er kann zwar auch heute noch einen Deckungs- oder Selbsthilfekauf seiner Schadensberechnung zu Grunde legen, ist aber nicht mehr hierauf angewiesen.

Auch darin liegt ein Fortschritt gegenüber dem alten Handelsgesetzbuch, denn der nach Art. 354 vorgeschriebene Selbsthilfeverkauf wurde häufig zu einer Zeit bewirkt, die für den Gegner

[1]) Vgl. hierzu die Denkschr. z. d. Entw. eines HGB., S. 219 ff.

ungünstig war. Es kam häufig zu einer Vergeudung der Ware und nicht selten auch dazu, daß der Veräußernde die Ware selbst wieder für ein ganz geringes Geld erstand[1]).

Ferner weicht das BGB. hinsichtlich der Fristbestimmung von dem alten HGB. ab. Nach Art. 356 muß der Nichtsäumige, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten will, dem anderen Teile anzeigen, welches von beiden Rechten er geltend machen will, und ihm außerdem, wenn die Natur des Geschäftes dies zuläßt, noch eine angemessene Frist gewähren. Nach dem BGB. braucht die Erklärung über die evtl. Ablehnung der Erfüllung keine Anzeige der getroffenen Wahl zu enthalten. Auch spricht das BGB. nicht von einem Gewähren der Frist, dieselbe muß vielmehr ausdrücklich bestimmt werden[2]). Nach dem A.HGB. kann der Gläubiger, wie schon aus dem Wort „gewähren" hervorgeht, abwarten. Er braucht nicht unaufgefordert dem Schuldner eine Frist zu setzen. Das BGB. dagegen setzt eine positive Tätigkeit des Gläubigers voraus, dieser ist verpflichtet, eine Frist zu bestimmen.

Gegen das dreifache Wahlrecht des § 326 BGB. hat man eingewendet, daß dadurch der Schuldner, der wirtschaftlich Schwache, zu sehr geschädigt werde. v. Petrazycki[3]) meint: „Der eigennützige Gläubiger wird den Leichtsinn, die Notlage oder die Unerfahrenheit des Schuldners, welche den Verzug zur Folge haben, oft mit Freuden begrüßen. Jetzt kann der Gläubiger auf Hausse spekulieren, ohne die Gefahr der Baisse zu tragen. Wenn die Verhältnisse seit dem Abschluß des Kontraktes sich dahin geändert haben, daß die Aufrechterhaltung der Verpflichtungen für ihn nunmehr unbequem ist, so freut er sich über die Gelegenheit, von dem Vertrage loszukommen." Infolgedessen werde, so argumentiert er weiter, die ökonomisch schwächere Partei zugunsten der stärkeren besteuert, indem die günstigen Zeitdifferenzen und dergleichen für die erstere verloren gehen und von letzterer eingeheimst werden.

---

[1]) Verhandl. d. 27. Jur.-Tgs., Bd. IV, S. 123.

[2]) Staub, Komm. II, 1291, 1292.

[3]) v. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, S. 523 ff.

Diese Bedenken Petrazyckis sind an sich nicht ganz unberechtigt. Gewiß wird der Gläubiger, wie ich schon oben beim Handelsrecht hervorgehoben habe, stets das Recht wählen, welches ihm die meisten Vorteile verspricht. Petrazycki übersieht aber ganz, daß das Wahlrecht dem vertragstreuen Teil nur dann zusteht, wenn der Schuldner die Leistung schuldhafterweise verzögert hat. Da dieser also durch sein Verschulden seine mißliche Lage selbst herbeiführt, muß er sie auch ertragen. Das ist durchaus recht und billig. Zudem hat der Gläubiger — es sei denn, daß die Leistung für ihn überhaupt kein Interesse mehr hat — dem Schuldner noch eine Nachfrist zu setzen, durch die ihm noch genügend Gelegenheit gegeben wird, seine verspätete Leistung nachzuholen und so die ihm unangenehmen Folgen des Verzuges abzuwenden.

Schadensersatzanspruch neben dem Rücktrittsrecht.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung ist auch die Ansicht vertreten, daß der Gläubiger durch das dreifache Wahlrecht noch nicht genügend geschützt sei; man fordert neben dem Rücktrittsrecht noch einen Schadensersatzanspruch. Das BGB. lehnt bekanntlich einen solchen mit Bestimmtheit ab. In den Motiven[1]) heißt es darüber: „Rücktritt und aus dem Vertrage entstandener Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus. Denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre; hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht."

Das ist vom theoretischen Standpunkt betrachtet durchaus richtig. Denn Rücktritt bedeutet nun einmal Auflösung des Vertrages, während Schadensersatz das Bestehen des Vertrages voraussetzt und nur aus dem Vertrage geltend gemacht werden kann. Die Motive meinen aber weiter, „daß durch dieses Wahlrecht das Interesse des Gläubigers genügend gewahrt sei". Dies ist jedoch nicht in vollem Umfange richtig. Zugegeben wird von vornherein, daß der vertragstreue Teil allerdings in den meisten Fällen durch das dreifache Wahlrecht des BGB. genügend geschützt sein wird, da er ja je nach Lage der Dinge das für ihn günstigste

[1]) Mot. II, § 369 S. 211.

Recht wählen kann. Die Praxis hat aber gelehrt, daß es Fälle gibt, in denen es sehr wünschenswert wäre, wenn der Gläubiger neben dem Rücktrittsrecht noch das negative Vertragsinteresse ersetzt bekäme. Es wird dies besonders dann praktisch werden, wenn der Gläubiger eine Leistung, die nicht in Geld besteht, vorher bewirkt hat. Wenn ihm nun daran liegt, möglichst bald seine Vorleistung zurückzubekommen, muß er sich für den Rücktritt entscheiden, der aber nach dem Gesetz einen Schadensersatzanspruch nicht zuläßt.

Die Parteien sollen nun einander verpflichtet sein, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Dieses Ziel läßt sich m. E. in manchen Fällen nur durch Ersatz des negativen Interesses in vollkommener Weise erreichen. Es ist nicht einzusehen, warum dem vertragstreuen Teil, zumal da der Gegner schuldhafterweise nicht erfüllt, neben dem Rücktritt nicht auch das ersetzt werden soll, was er besitzen würde, wenn ihm die Hoffnung auf das Zustandekommen des Vertrages gar nicht gemacht worden wäre, z. B. etwaige Kosten, welche er aufwenden mußte, um seinerseits den Vertrag zu erfüllen.

Schwierigkeiten bereitet es allerdings, theoretisch eine Grundlage für den Interessenanspruch neben dem Rücktritt zu finden. Diese juristischen Bedenken dürfen aber m. E. kein Hindernis bieten, um einem dringenden praktischen Bedürfnis abzuhelfen. Mit Recht sagt Lehmann[1]): „Solche mehr doktrinäre Raisonnements sollten den Gesetzgeber nicht beeinflussen. Ist es aus legislativen Zweckmäßigkeitsrücksichten geboten, neben dem Rücktrittsrecht noch eine Schadensersatzforderung zuzulassen, so ist eine solche auch zu normieren. Läßt sie sich nicht als ein aus dem Vertrage entsprungener Anspruch auffassen, so charakterisiert sie sich als eine solche ex lege.“ Lasker[2]) versucht bei Besprechung des Rechts aus § 408, I, 5 ALR. den Schadensersatzanspruch neben dem Rücktrittsrecht auch theoretisch zu halten, indem er ihn als einen Anspruch ex delicto qualifiziert. Er geht davon aus, daß der Schuldner durch seinen Verzug, welcher die Aufhebung des

[1]) Lehmann, a. a. O., S. 26.
[2]) Lasker, a. a. O., S. 60 ff.

Vertrages zur Folge hat, das ganze Forderungsrecht des andern Teils mit dinglicher Wirkung zerstört. Mithin handele es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, sondern wegen Zerstörung der Obligation.

Diese Konstruktion des Schadensersatzanspruchs neben dem Rücktritt ist jedoch m. E. verfehlt. Es wird, ganz abgesehen davon, daß es sich von vornherein nicht empfiehlt, deliktische Momente in das Vertragsrecht hineinzutragen, in der Literatur allgemein zugegeben, daß sich der Schuldner, der seine Verpflichtung nicht erfüllt, nicht dem Anspruche aus unerlaubter Handlung aussetzt, sondern vom Gläubiger lediglich nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen des Schuldrechts in Anspruch genommen werden kann[1]). Allerdings kann § 823 seinem Wortlaut nach jede Verletzung eines Rechts, also auch die Verletzung des Gläubigerrechts durch den Schuldner zum Gegenstande haben. Man darf aber nicht vergessen, daß dieser Fall im Gesetzbuch speziell geregelt, also offensichtlich von der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Rechtsverletzungen ausgeschlossen ist[2]).

Der beste Beweis dafür, daß die Praxis tatsächlich neben dem Rücktritt einen Schadensersatzanspruch fordert, ist der, daß wir ihn in vielen anderen Gesetzbüchern finden[3]). Ganz besonders interessant ist in dieser Hinsicht die Stellungnahme des neuen „Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil Obligationenrecht) vom 30. März 1911", das am 1. Januar 1912 in Kraft getreten ist.

Schon oben (S. 44) haben wir gesehen, daß das schweizerische Obligationenrecht vom Jahre 1883 in Art. 122 für den Fall, daß der Schuldner in Verzug[4]) kommt, den Gläubiger berechtigt, eine

---

[1]) Festgabe für Heinrich Dernburg zum 50. Doktorjubiläum, Berlin 1900, S. 63.

[2]) Fischer, a. a. O., S. 89.

[3]) Vgl. oben das ALR. und das franz. Recht; ferner Italien, Art. 68; Spanien, Art. 329; HGB. von Chile, Art. 156; Nicaragua, Art. 201; Venezuela, Art. 114; Guatemala, Art. 223; Honduras, Art. 155; Salvador, Art. 254; Argentinien, Art. 467 Abs. 1; Portugal, Art. 478; vgl. Fiebach, a. a. O., S. 44 Kisch, in Jher. Jahrb. 44, Nr. III, S. 108.

[4]) Das schweizerische Obligationenrecht verlangt aber nicht, daß ein Verschulden vorliegt.

angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst ist. Neben dem Rücktritt konnte der Berechtigte gemäß Art. 124, 125 noch Schadensersatz verlangen, wenn er dem Säumigen ein Verschulden nachwies.

Als das schweizerische Obligationenrecht revidiert wurde, hat man aus denselben theoretischen Erwägungen heraus, die auch bei der Schaffung des BGB. maßgebend waren, diese letztere Bestimmung in den ersten Entwurf nicht aufgenommen[1]), sondern dem Gläubiger nur das Rücktrittsrecht ohne einen Schadensersatzanspruch gewährt. Man hat aber dafür dem Gläubiger in Art. 1134 den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugesprochen, falls die nachträgliche Erfüllung nach der getroffenen Abrede ausgeschlossen oder infolge Verzuges für ihn nutzlos geworden ist.

Der zweite Entwurf des revidierten SOR. vom 1. Juni 1909[2]) hat sich bezüglich des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung ganz dem BGB. angeschlossen, indem es beim Verzuge des Schuldners den Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Wirkung, „daß er mit deren Ablauf entweder an Stelle der Erfüllung Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann".

Da man aber erkannte, daß der Gläubiger durch die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nicht immer genügend geschützt ist, hat der zweite Entwurf trotz der bei Beratung des ersten Entwurfs geäußerten Bedenken dem

---

[1]) Vgl. Botschaft des Bundesrats an die Bundesversamml. zum Entwurf eines rev. SOR., S. 18; **Biedermann**, S. 126.

[2]) Bundesges. betr. die Ergänzung des schweizer. Zivilgesetzbuchs durch Anfügung des Obligationenrechts. Bericht des Bundesrats an die Bundesversamml. betr. die Revis. d. Obligationenr. (Nachtr. z. Botsch. v. 3. III. 05) B. 1. VI. 09; im schweizer. Bundesblatt Nr. 23, Jahrgang 1909. Vgl. **Biedermann**, a. a. O., S. 144.

vertragstreuen Teile neben dem Rücktritt noch den Ersatz des negativen Interesses zugesprochen. Er bestimmt in Art. 1134:

„Wer vom Vertrage zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Zurückgeleistete zurückfordern.

Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last falle."

Diese Bestimmung ist als Art. 109 wörtlich in das neue Bundesgesetz vom 30. März 1911 übernommen worden. Auch bezüglich der Fristsetzung ist der zweite Entwurf als Art. 107 Gesetz geworden, nur die Folgen der vergeblichen Fristsetzung haben in Art. 107 Abs. 2 redaktionelle Änderungen erfahren.

Art. 107 Abs. 2: „Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten."

Mit dieser neuen Gestaltung des Rücktrittsrechts hat das neue Bundesgesetz auch die viel umstrittene Beweislastfrage des Art. 124 des alten schweizerischen Obligationenrechts von 1883, wonach der Zurücktretende neben dem Rücktritt nur dann Schadensersatz verlangen konnte, „wenn er ein Verschulden nachweist", aus der Welt geschafft.

§ 11. Schluß.

Durch die Regelung des § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat die Rücktrittsfrage bei gegenseitigen Verträgen wegen Verzuges eines Kontrahenten einen erfreulichen Abschluß gefunden. Der Gesetzgeber hat es meisterhaft verstanden, aus den früheren Kodifikationen die brauchbaren Elemente herauszugreifen und so einen Mittelweg zu schaffen zwischen dem engen Standpunkt des gemeinen Rechts und den weitgehenden, aber zum Teil bedenklichen Bestimmungen des französischen Rechts. Auf dem Wege, den in dieser Beziehung schon das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch bezüglich des Kaufs eingeschlagen hatte, ging das Bürgerliche Gesetzbuch weiter, indem es die Bestimmungen auf alle gegenseitigen Verträge ausdehnte und dadurch eine Forderung des modernen Verkehrslebens erfüllte, welches verlangt, daß alle Rechtsverhältnisse, nicht nur die, bei welchen Handelssachen in Frage stehen, möglichst schnell erledigt werden.

So hat also das Handelsgesetzbuch, das überhaupt einen wohltätigen Einfluß auf die Rechtsentwickelung in Deutschland ausgeübt und auch bei andern Rechtsinstituten bahnbrechend gewirkt hat, ganz besonders auch bei unserm Rücktrittsrecht als erstes die Vorurteile und lästigen Fesseln, die das Zivilrecht noch aus dem römischen und gemeinen Recht mit fortschleppte, abgestreift[1]) und dem bürgerlichen Recht den Weg zu einer befriedigenden Lösung der Rücktrittsfrage geebnet.

Wegen der sorgfältigen Ausgestaltung, die das Bürgerliche Gesetzbuch dem Rücktrittsrecht hat zuteil werden lassen, hat Stammler[2]) nicht mit Unrecht gerade die Lehre vom Rücktritt als „eine Art Lieblingslehre unseres Gesetzbuchs" bezeichnet. Wenn trotzdem bezüglich des § 326 BGB. in Theorie und Praxis

---

[1]) Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, S. 14.

[2]) Stammler, Das Recht der Schuldnerverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 129.

verschiedene Streitfragen entstanden sind, so ist das doch nicht zu verwundern, da es das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zu früheren Kodifikationen vermieden hat, Einzelfragen zu regeln und Definitionen zu geben, vielmehr es vorgezogen hat, nur allgemeine Rechtsgrundsätze aufzustellen und eventuell auftretende Zweifelsfälle der Wissenschaft zu überlassen.

Schon oben in § 2 habe ich darauf hingewiesen, daß der Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, insbesondere die Frage streitig ist, ob der Gläubiger, wenn er den Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, seine Leistung bewirken muß oder sie einbehalten und einfach die Differenz verlangen darf.

Streit herrscht ferner darüber, ob es bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung von seiten des Schuldners einer Fristsetzung bedarf oder nicht. Diese Frage ist für die vorliegende Arbeit deswegen von besonderem Interesse, weil sich die Vertreter beider Ansichten zum Beweise ihrer Behauptungen auf die Entstehungsgeschichte des § 326 BGB. berufen. Wegen der Einzelheiten verweise ich auf den interessanten Streit zwischen Riedner und Staub in der Deutschen Juristenzeitung von 1901, S. 443 ff.[1]). Erwähnt soll nur werden, daß sich das Reichsgericht[2]) der Ansicht Riedners angeschlossen hat und, falls der Schuldner seine Leistung bestimmt und ernstlich[3]) verweigert, eine Fristsetzung nicht für nötig hält. Es begründet dies damit, daß in der Weigerung ein Verzicht liege und in der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs resp. Rücktritts von seiten des Gläubigers die Annahme des Verzichts und die Erklärung, daß er nunmehr die Erfüllung ablehne.

Bestritten ist weiter, ob auch bei Verzug des Käufers in Erfüllung seiner Abnahmepflicht der § 326 BGB. anzuwenden ist. Das Reichsgericht[4]) und die herrschende Meinung[5]) halten in diesem

---

[1]) Vgl. auch Dernburg, § 98, IV, 1 und Romeick in D. J.-Z. 1901, S. 493.

[2]) RG., Bd. 51, S. 347 ff., bes. S. 350; Bd. 53, S. 13; Bd. 57, S. 105 und Bd. 61, S. 87.

[3]) Der bloße Wunsch, vom Vertrage frei zu werden, genügt nicht. (Jurist. Wochenschrift 1910, 146.)

[4]) RG., Bd. 53, S. 164 ff; Bd. 57, S. 108 ff.

[5]) Vgl. Staudinger, Komm., 5/6. Aufl., Anm. zu § 433 unter 2e α, S. 546/547.

Falle die Anwendung des § 326 nicht für gerechtfertigt, da die Abnahme keine Hauptleistung des Käufers, sondern nur eine Nebenleistung darstelle. Es wäre in der Tat verfehlt, lediglich an den Verzug mit einer meist nebensächlichen Leistung, wie die Abnahme, die weitgehenden Wirkungen des § 326 zu knüpfen, wenn auch andererseits nicht zu verkennen ist, daß auch die Gegenansicht[1]) gewisse Vorzüge hat.

Eine erhebliche Ausdehnung hat der § 326 BGB. auf eine Anregung Staubs hin erfahren, welcher in der Festschrift zum 26. Juristentage[2]) (1902) und in seiner Schrift: „Die positiven Vertragsverletzungen" an der Hand zahlreicher, seiner Praxis entnommenen Beispiele den § 326 heranzieht und dessen Anwendung auch für die Fälle empfiehlt, in denen es sich um die von ihm sogenannten „positiven Vertragsverletzungen" handelt, d. h. in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft.

In diesen Fällen gefährdet das vertragswidrige Verhalten des einen Teils den ganzen Vertragszweck. Dieses Verhalten kann derart schwerwiegend sein, daß dem vertragstreuen Teil nicht zugemutet werden kann, sein Vertragsverhältnis noch weiter aufrecht zu erhalten. Das Reichsgericht[3]) hat sich bald darauf mit dem von Staub für alle Fälle positiver Vertragsverletzung aufgestellten Problem beschäftigt und sich seiner Lehre angeschlossen. Es geht davon aus, daß jedes schuldhafte Unterlassen des einen Teils wegen der darin liegenden Gefährdung des Vertragszwecks den andern Teil berechtigt, im Interesse der Verkehrssicherheit eine alsbald klare Rechtslage dadurch zu schaffen, daß er unter Ablehnung der Annahme künftiger Leistung vom Vertrage zurücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt. Die gleichen Gesichtspunkte träfen auch zu, wenn durch schuldhafte positive Rechtsverletzungsakte des einen Teils die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Mit-

[1]) Vgl. Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. (1. Aufl.), Bd. 3, S. 108 ff.

[2]) S. 30—51.

[3]) RG., Bd. 54, S. 98 ff. Andere Fälle: 57, 115; 63, 297 ff.; 67, 5 ff.

hin müßten im Wege der Analogie dem vertragstreuen Teil auch bei positiven Vertragsverletzungen die in § 326 BGB. normierten Rechte gewährt werden, zumal der Gesetzgeber diese nicht auf den Fall des Verzuges habe beschränken wollen[1]).

Nun lassen sich allerdings die meisten der von Staub angeführten Beispiele durch Unmöglichkeit der Leistung oder durch die allgemeine Schadensersatzpflicht des Vertragsbrüchigen nach § 276 BGB. erklären, sodaß man neuerdings Staubs Lehre auf die Sukzessivlieferungsverträge und ähnliche für längere Zeit geschlossene Vertragsverhältnisse, d. h. solche Fälle beschränkt[2]), in denen der zu Sukzessivleistungen Verpflichtete die erste Leistung so mangelhaft bewirkt hat, daß der Gläubiger annehmen kann, daß auch die künftigen Leistungen ebenfalls mangelhaft sein werden. Gerade diese Sukzessivlieferungsverträge sind, weil auf ihnen gewöhnlich der ganze Geschäftsbetrieb beruht, wirtschaftlich von ganz besonderer Bedeutung, sodaß schon der Verzug einer einzelnen Rate genügt, um das Vertrauen auf einwandsfreie Lieferung späterer Raten und damit die Basis des ganzen Vertrages zu erschüttern.

---

[1]) Vgl. Staudinger, Komm. zu § 326 unter VIII, S. 272.

[2]) Vgl. Dr. P. Siméon, „Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche", Bd. I, 1, S. 304.

Lebenslauf.

Als Sohn des Königlichen Ober-Steuer-Inspektors und Oberleutnants Gustav Adametz und seiner Ehefrau Anna geb. Laugwitz wurde ich, Walter Adametz, am 11. Oktober 1883 zu Neumarkt in Schlesien geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Peter Gröning'schen Gymnasium in Stargard in Pommern und dem St. Matthias-Gymnasium zu Breslau, welches ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Darauf studierte ich an der Universität Breslau sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 12. November 1908 an dem Kgl. Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Zu meiner praktischen Ausbildung wurde ich zunächst dem Kgl. Amtsgericht Habelschwerdt und darauf dem Landgericht Glatz überwiesen. Vom 1. Oktober 1909 bis 30. September 1910 genügte ich meiner Militärpflicht bei dem Feldartillerieregiment v. Clausewitz (1. O.-S.) Nr. 21 in Grottkau. Nach Beendigung meiner Dienstzeit wurde ich dem Landgericht Breslau und darauf der Staatsanwaltschaft Breslau überwiesen. Gegenwärtig bin ich bei dem Rechtsanwalt und Notar Herrn Justizrat Lisser in Breslau beschäftigt.

Am 1. März 1912 bestand ich das mündliche Doktorexamen.